

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



DERROGAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO PARA EFEITOS TRIBUTÁRIOS

Lília Marques Pais

Dissertação de Mestrado

Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



DERROGAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO PARA EFEITOS TRIBUTÁRIOS

Lília Marques Pais

Dissertação de Mestrado

Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

Trabalho realizado sob a orientação da Professora Doutora Paula Rosado Pereira

2016

ÍNDICE

RESUMO	7
ABSTRACT	8
SIGLAS E ABREVIATURAS	9
INTRODUÇÃO	11

CAPÍTULO I

O SIGILO BANCÁRIO EM GERAL

1.	Conceito de sigilo bancário.....	14
2.	Enquadramento histórico	16
3.	Os fundamentos do dever de segredo bancário	18
4.	O sigilo bancário no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras 24	
4.1	Natureza e âmbito	24
4.2	As exceções ao segredo bancário.....	27
4.3	As sanções pela violação do dever de segredo	31

CAPÍTULO II

O SIGILO BANCÁRIO E O DIREITO TRIBUTÁRIO

5.	Enquadramento	34
6.	Fundamentos da derrogação do sigilo em matéria tributária	35
6.1	Princípios do sistema fiscal.....	35
6.1.1	O dever fundamental de pagar impostos.....	35
6.1.2	Princípio da igualdade fiscal	36
6.1.3	Princípio da capacidade contributiva	37
6.1.4	Tributação das empresas pelo lucro real	39
6.1.5	Combate à fraude e evasão fiscais	40
6.2	Princípios do procedimento tributário	42
6.2.1	A descoberta da verdade material	42
6.2.2	A cooperação	43

7.	A derrogação do sigilo bancário no processo penal tributário.....	45
8.	A derrogação do sigilo bancário pela Autoridade Tributária para fins administrativos ..	49
8.1	O acesso a informações relativas a operações financeiras.....	53
8.2	Acesso a informações e documentos bancários	57
8.2.1	Acesso direto sem dependência do consentimento do contribuinte.....	60
8.2.2	Acesso dependente de audição prévia obrigatória	65
8.2.3	As informações solicitadas nos termos de acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal.....	67
8.3	Contas bancárias exclusivamente afetas à atividade empresarial	68
9.	O ato administrativo de derrogação e as garantias do titular do direito de segredo	69
9.1	O ato administrativo de derrogação	69
9.2	Garantias procedimentais.....	71
9.2.1	Princípio da subsidiariedade	73
9.2.2	A competência	75
9.2.3	A notificação.....	75
9.2.4	Audição prévia.....	78
9.2.5	Dever de fundamentação	79
9.3	Garantias processuais.....	81
9.3.1	Recurso para o tribunal de 1ª instância	81
9.3.2	Efeitos do recurso	83
9.3.3	A Prova	85
9.4	Incumprimento da decisão de levantamento de segredo pelas entidades bancárias	86
9.5	O segredo fiscal	87
CONCLUSÃO.....		90
BIBLIOGRAFIA		95

*“The political problem of mankind is to combine three things:
economic efficiency, social justice and individual liberty.”*

John Maynard Keynes

RESUMO

O objeto de estudo da presente dissertação relaciona-se com a derrogação do segredo bancário para fins tributários.

Enquanto segredo profissional, o segredo bancário consiste na observância de um dever de discrição por parte das instituições financeiras relativamente às informações dos seus clientes, o qual decorre da relação contratual que se estabelece entre eles e encontra fundamento no direito à reserva da intimidade da vida privada.

O segredo bancário não traduz apenas um instituto de proteção de interesses de ordem individual, pois encontra-se também relacionado com a proteção de interesses públicos da sociedade necessários ao bom desenvolvimento do sistema económico e financeiro.

Por outro lado, o dever e direito de segredo bancário não tem carácter absoluto, podendo, em determinadas circunstâncias, sofrer exceções, tal como é o caso do acesso a informações bancárias destinado a fins tributários.

São vários os princípios do sistema fiscal que presidem ao levantamento do segredo bancário, o que faz com que, em certas circunstâncias, e verificados determinados requisitos, o princípio da igualdade fiscal e da justa e atempada arrecadação de receitas possa prevalecer sobre o direito ao segredo bancário dos contribuintes, colidindo, dessa forma, com o seu direito à reserva da intimidade da vida privada.

Nos últimos anos, a Lei Geral Tributária, com o intuito de reforçar os poderes necessários à supervisão e controlo da informação declarada pelos contribuintes bem como de combate à fraude e evasão fiscais, tem vindo a alargar os casos de acesso direto às informações e documentos bancários do contribuinte, através de ato administrativo e sem necessidade de autorização do titular do direito protegido.

Palavras-chave: Segredo bancário; Administração Tributária, Fraude e Evasão Fiscais;

ABSTRACT

The object of the present study is related with derogation of bank secrecy for tax purposes.

As a professional secrecy, the bank secrecy, consists on the observance of a duty of discretion by the financial institutions regarding their customers information, which arises from contractual relationship, established between them, and it's also based in the right to privacy.

The bank secrecy is not only an institution that protects the interests of individual order, but it's also directed to protection of the society's public interests, essential for the good development of the economic and financial system.

On the other hand, the duty and right of bank secrecy, is not absolute, provided that in certain situations it is liable to undergo certain exceptions, such as the case of the access to bank information for tax purposes.

There are a few principles of the tax system, on which the "lifting" of bank secrecy is based, which means that, in certain circumstances, and verified specific requirements, the principle of tax equality and fair and timely tax collection may prevail over the right to bank secrecy, which will collide with the taxpayer's right to privacy.

Over the past few years, the general tax law, with the intention to strengthen the necessary powers to supervise and control the information provided by taxpayers, and to combat fraud and tax evasion, has been extending the cases of direct access to the taxpayer banking data, by an administrative act and without the rightholder's consent.

Keywords: Bank secrecy; Tax Authority; Fraud and Tax Evasion

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
AcTC	Acórdão do Tribunal Constitucional
ATA	Autoridade Tributária e Aduaneira
BP	Banco de Portugal
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CPPT	Código de Procedimento e Processo Tributário
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DGI	Direcção-Geral dos Impostos
DR	Diário da República
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
LGT	Lei Geral Tributária
LOE	Lei do Orçamento de Estado
MP	Ministério Público
RCPIT	Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária
RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

	SS	Segurança Social
STA		Supremo Tribunal Administrativo
STJ		Supremo Tribunal de Justiça
TC		Tribunal Constitucional
TCA		Tribunal Central Administrativo
TRE		Tribunal da Relação de Évora
TRC		Tribunal da Relação de Coimbra
TRP		Tribunal da Relação do Porto
UE		União Europeia

INTRODUÇÃO

As instituições bancárias e financeiras são depositárias de uma vasta gama de informações e documentos dos seus clientes que revestem natureza sigilosa e que, com efeito, não poderão ser facultados ou revelados a terceiros, existindo assim um dever e direito de segredo bancário.

Por outro lado, deparamo-nos com um Estado Fiscal que, perante o desequilíbrio das contas públicas e esgotada a possibilidade de proceder ao aumento dos impostos, não encontra outra alternativa que não seja o reforço dos poderes de fiscalização da administração tributária.

Numa altura em que grande parte da movimentação de moeda, pelo cidadão comum, é realizada através de operações bancárias, procedeu-se à flexibilização do segredo bancário, no sentido de facilitar à administração tributária o acesso a informações e dados do contribuinte que são verdadeiros espelhos da sua situação económico-financeira e demonstram, se não toda, pelo menos grande parte da sua receita e despesa anual.

Com efeito, pese embora os diversos interesses públicos e privados, bem como ainda os princípios jurídico-constitucionais que presidem à proteção do segredo bancário, temos vindo a assistir a um intenso alargamento dos casos em que poderá ser permitida a quebra desse segredo, e ainda, a uma desobstrução do caminho a percorrer para a obtenção dos elementos bancários, tornando-se a derrogação do segredo bancário o mecanismo de eleição da administração fiscal para a verificação da veracidade do declarado pelo contribuinte.

As razões que levaram à escolha do tema da presente dissertação prendem-se, em primeiro lugar com o interesse na análise dos mecanismos existentes para a prossecução do combate à fraude e evasão fiscais e, por outro lado, pelo facto do instituto do segredo bancário ser aquele mecanismo que mais alterações tem sofrido nos últimos tempos por forma a adaptar-se à realização desse fim.

Encontramo-nos numa altura em que os contribuintes, para além de se verem sobrecarregados de impostos, encaram a administração fiscal como se de um órgão policial se tratasse, sabendo que, qualquer transação económica ou património está, de qualquer forma, sob a alçada do poder de fiscalização daquela entidade, munida dos mais vastos poderes e instrumentos de acesso a toda a informação e documentação dos contribuintes.

Nos dias que correm os contribuintes têm conhecimento de que existe um vasto leque de circunstâncias em que a administração tributária facilmente poderá aceder às suas informações bancárias, temendo então pela interpretação que aquela entidade possa retirar quer das suas poupanças quer do conjunto das suas transações e operações económicas registadas na sua conta bancária.

Perante isto entendi necessário destringir os motivos que têm estado na origem da flexibilização ou, diga-se mesmo, do desvanecimento do dever de segredo bancário assim como as circunstâncias em que o Estado Fiscal exigirá que esse segredo possa ser posto em causa.

Assim, numa conjuntura em que parecem ser apenas residuais as circunstâncias em que o segredo bancário haverá de ser preservado, cumpre analisar, por um lado, a natureza deste segredo no nosso ordenamento jurídico e, por outro, os interesses que com ele são conflitantes.

Num primeiro momento iremos analisar o conceito do segredo bancário, bem como destringir a sua natureza e âmbito, tendo em conta o seu regime legal, tal como se encontra previsto no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

Posteriormente, e depois de analisarmos as exceções ao segredo bancário, iremos debruçar-nos sobre o regime do seu levantamento para efeitos tributários, demonstrando as razões e princípios do sistema fiscal e do procedimento tributário que poderão abrir caminho ao acesso à informação bancária protegida.

Finalmente, depois de esmiuçados os casos de acesso, pela Administração Tributária, a informações e documentos bancários dos contribuintes iremos focar-nos na derrogação do segredo bancário para fins administrativos e, nesse âmbito, analisar os

limites inerentes à atuação administrativa da ATA bem como os meios de reação ao dispor do contribuinte relativamente à decisão administrativa de derrogação do segredo bancário.

CAPÍTULO I

O SIGILO BANCÁRIO EM GERAL

1. Conceito de sigilo bancário

Em ordem a nos inteirarmos da problemática da derrogação do sigilo bancário pela administração tributária, o que iremos analisar noutro capítulo, não podemos deixar de destringir aquilo em que consiste verdadeiramente o sigilo bancário.

Diz-se obrigação de sigilo ou segredo o dever de não revelar determinados conhecimentos ou informações.¹

Sob a epígrafe “Dever de Segredo”, o artigo 78.º do Regime Geral das Instituições de Crédito de Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro, dispõe que “os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”.

O sigilo bancário é tradicionalmente definido como a “discrição que os bancos, os seus órgãos e empregados, devem observar sobre os dados económicos e pessoais dos clientes, que tenham chegado ao seu conhecimento através do exercício das funções bancárias” 2.

Partilhamos da opinião de MACEDO ALVES quando considera abrangidos pelo sigilo bancário os factos, elementos ou informações “quer de natureza patrimonial, quer de natureza pessoal, quer respeitantes à vida interna das instituições bancárias, quer

¹ MENEZES CORDEIRO, “Direito Bancário”, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 352.

² ALBERTO LUÍS, “O segredo bancário em Portugal”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 41, Janeiro a Abril, 1981, pp.454. Para PAÚL Jorge Patrício, “o segredo bancário há-de abranger para além da relação bancária, mesmo depois do seu termo, as negociações preliminares que a ela conduzem”, in “O Sigilo Bancário e a sua relevância Fiscal, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 62, 2002, p.574.

digam respeito às relações com os clientes (consumidores finais dos serviços bancários), ou a ambas, que advenham exclusivamente do exercício das funções bancárias, mesmo que o cliente não venha a celebrar qualquer contrato com a instituição bancária, mesmo que haja incumprimento por parte do cliente, e mesmo depois do cliente deixar de o ser, que se mantém mesmo depois da extinção das instituições bancárias, ou da extinção da relação funcional (seja ela de trabalho, seja ela de prestação de serviços, a título permanente ou ocasional, de representação, comissão, mandato ou outra) que liga funcionalmente (em termos de estrutura) as pessoas físicas à instituição bancária”³.

NOEL GOMES desenvolve este conceito de sigilo bancário considerando que o mesmo se apresenta como um dever, de cunho marcadamente profissional, intimamente associado à atividade bancária, que lhe permite a qualificação de segredo profissional. Mas considera ainda que, para além de um dever, o sigilo bancário traduz também um direito que tem a particularidade de apresentar uma pluralidade de titulares: por um lado o cliente bancário e, por outro, a própria instituição financeira⁴.

O mesmo autor considera ainda que o sigilo bancário constitui um direito subjetivo do cliente, na medida em que, a este último, assiste o poder de impedir que os factos e elementos protegidos pelo segredo bancário sejam revelados, aproveitados ou, por qualquer outra forma, conhecidos por aqueles que constituam terceiros em face da relação jurídica bancária estabelecida entre cliente e instituição bancária, configurando-o, desta forma, como um direito subjetivo absoluto público e privado do cliente.⁵

Também CAPELO DE SOUSA refere que o segredo bancário é, desde logo, um direito subjetivo privado “na medida em que há um poder da parte do titular das relações jurídicas” a que “os respetivos factos e elementos não sejam divulgados ou aproveitados pelo outro contraente e nem sequer conhecidos por terceiros”. Para além disso entende que o segredo bancário configura “um direito subjetivo absoluto face a todos esses terceiros, para que se abstenham de condutas que violem a titularidade dos direitos de personalidade inerentes ao segredo bancário e também um direito subjetivo privado relativo, contratual do cliente face ao banco, nomeadamente como deveres de

³ ALVES, Telmo José Macedo “O sigilo bancário- uma perspectiva constitucional em matéria tributária”, in ARS Iudicandi : estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Coimbra, 2003, p. 17

⁴ NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, Almedina, 2006, pp. 19-20.

⁵ *Idem*.

prestação de boa fé e de respeito por normas de segurança e de confidencialidade nas operações bancárias, nomeadamente nos depósitos e nos empréstimos”⁶.

Ora, é absolutamente natural que exista um dever de segredo numa relação contratual duradoura como é a que existe entre banqueiro e cliente. Segundo CAPELO DE SOUSA, este dever de segredo tem, desde logo, uma “base contratual ligada ao princípio da boa fé negocial” tal como decorre do n.º 2 do artigo 762.º do CC.

Mais, nas palavras de PATRÍCIO PAÚL “o segredo bancário há-se abranger, para além da relação bancária, mesmo depois do seu termo, as negociações preliminares que a ela conduzem”⁷.

O sigilo bancário aparece-nos assim como um dever a que estão sujeitos os profissionais das instituições bancárias, podendo subsumir-se na categoria de um verdadeiro dever de segredo profissional.

2. Enquadramento histórico

A primeira referência legal expressa ao sigilo bancário, no ordenamento jurídico português, constava do artigo 83.º do Regulamento Administrativo do Banco de Portugal, aprovado pelo Decreto de Governo de 28 de Janeiro de 1847. Este normativo legal garantia que as operações do banco e os depósitos particulares eram objeto de segredo, sendo a sua violação sancionada disciplinarmente através de repreensão, ou ainda, caso houvesse dano, com despedimento. Para além desta responsabilidade disciplinar, em caso de violação do segredo bancário, culposa e danos, havia responsabilidade civil dos funcionários e do próprio Banco, de acordo com o artigo 2361 do Código Civil de Seabra⁸.

Esta norma apenas se dirigia ao Banco de Portugal, ficando assim de fora todas as restantes entidades que se dedicavam à atividade financeira.

⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, “O segredo bancário - em especial, face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro”, Coimbra, 2002, cit. p. 66.

⁷ PAÚL J. P., “O Sigilo Bancário e a sua relevância Fiscal”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 62, 2002, p. 574.

⁸ Idem, p. 61.

Só em 1967, através do Decreto-Lei, n.º 47909 de 7 de Setembro, através do qual se procedeu à criação do Serviço de Centralização de Riscos de Crédito, a previsão legal do sigilo bancário passou a aplicar-se a todas as instituições de crédito.

Também o Código Penal de 1986, no seu artigo 290.º, passou a prever o crime de violação de segredo profissional, que se aplicava a administradores, membros do conselho fiscal, diretores, gerentes, empregados e quaisquer servidores de instituições de crédito aos quais tivessem sido prestados elementos informativos obtidos junto do Banco de Portugal.

Mais tarde, o Decreto-Lei n.º 644/75 de 15 de Novembro aprovou a Lei Orgânica do Banco de Portugal, a qual consagrou expressamente o dever de sigilo bancário⁹.

Do corpo da lei constava, no artigo 63.º, a proibição dos membros do conselho de administração, bem como os restantes trabalhadores do banco e ainda os membros do conselho de auditoria e do conselho consultivo, revelarem factos ou elementos cujo conhecimento lhes adviesse do exercício de funções e exclusivamente em virtude desse exercício, excetuando-se os destinados a divulgação pública¹⁰.

Este dever de sigilo bancário, agora consagrado, prevalecia mesmo em face do dever de colaboração com a administração da justiça, podendo existir uma recusa “dos funcionários bancários” a prestar declarações sobre os elementos abrangidos pelo segredo profissional¹¹.

Não pretendendo ir ao encontro de uma pormenorizada evolução histórica, merece, no entanto, destaque as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 2/78 de 9 de Janeiro, o qual sistematizou e unificou o tratamento e tutela legal do segredo bancário, em detrimento da anterior legislação avulsa que lhe fazia referência.

⁹ No cenário ilustrado por RAMOS, Maria Célia, no ano de 1975 passou a ser prática corrente a “devassa das contas bancárias, vendo-se publicados em letra de forma, os movimentos bancários de personalidades das áreas financeiras, empresariais ou tão só figuras públicas, comentando-se nos órgãos da informação os montantes, a proveniência dos fundos, o seu fundamento, os pedidos de empréstimos, os motivos da sua concessão ou recusa, etc.”, in “O sigilo bancário em Portugal - Origens, Evolução e Fundamentos”, A. A. VV., Sigilo Bancário, Instituto de Direito Bancário, Edições Cosmos, 1997, p. 125.

¹⁰ Esta revelação não era proibida se existisse uma autorização emitida pelo conselho de administração do banco.

¹¹ NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, 2006, pp. 27.

Este diploma conferiu uma proteção mais coesa ao segredo bancário, passando a prever e definir o respetivo âmbito subjetivo e objetivo, bem como as raras exceções ao seu levantamento e as severas consequências legais da sua violação.

O segredo bancário passou, através deste normativo legal, a abranger expressamente as instituições de crédito não nacionalizadas e os seus agentes, determinando-se que a violação de tal segredo relevava quer na forma consumada, quer simplesmente tentada e podia ter lugar, não só pela sua violação, mas também pelo seu aproveitamento.

Mais tarde, o Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro, que aprovou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, revelou um maior aperfeiçoamento de regulamentação do segredo bancário, o qual, não obstante algumas alterações, está, ainda hoje, em vigor.

3. Os fundamentos do dever de segredo bancário

Afirma-se, não só na doutrina nacional como também na estrangeira, que o segredo bancário visa tutelar, não só interesses públicos como o regular funcionamento da atividade bancária, uma vez que esta deve ter por base um clima de confiança nas instituições bancárias, mas também interesses privados como são a confidencialidade sobre os dados e informações da esfera patrimonial dos clientes e ainda interesses privados das próprias instituições financeiras relacionados com o direito ao bom-nome, reputação e liberdade de empresa.

Fundamentando a necessidade de existência do sigilo bancário temos, desde logo, os interesses públicos, onde se integra a manutenção do interesse fundamental de confiança, que a generalidade das pessoas deposita no sistema financeiro e bancário, bem como a garantia da captação e segurança das poupanças coletivas pelo sistema financeiro nacional, apresentando-se o segredo bancário “como um dos pilares do crédito e garante de uma economia saudável”¹².

¹² AZEVEDO Maria Eduarda, “ O segredo bancário”, in Cadernos de Ciencia e tecnica fiscal, n.º 346-348, p. 98.

A doutrina entende que este interesse está constitucionalmente previsto no artigo 101.º da CRP, o qual apresenta uma diretriz constitucional dirigida ao Estado no sentido de desempenhar um papel ativo no incentivo ao aforro, através do incremento de medidas destinadas à formação, captação e à segurança das poupanças¹³.

Dentro do leque de interesses públicos que fundamentam o sigilo bancário encontra-se também a prevenção de determinados comportamentos suscetíveis de provocar distorções no regular funcionamento do sistema financeiro, subsumíveis ao tipo legal de crime de abuso de informação (o *insider trading* ou *insider dealing*).

Também o “Princípio da Confiança” se apresenta como um interesse público que sustenta e fundamenta o sigilo bancário, chegando alguns autores, sob a égide deste princípio a equiparar a profissão de Banqueiro aos próprios Ministros da Religião, Advogados, Médicos, Revisores Oficiais de Contas, por considerarem que estas profissões tocam nos aspetos mais recônditos e sensíveis da intimidade das pessoas (sobretudo das pessoas singulares) que a esses profissionais recorrem¹⁴.

Por outro lado, há também a acrescentar a existência de interesses privados que sustentam o sigilo bancário, os quais se desdobram quer nos interesses privados do cliente quer no interesses da própria instituição financeira.

No que toca à proteção dos interesses privados dos clientes, o sigilo bancário consiste numa garantia da tutela do aforro bem como da segurança dos dados e informações sobre a sua situação patrimonial de que são depositárias as instituições bancárias.

¹³ Cf. NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, cit. p.123; CAPELO DE SOUSA, “O segredo bancário – em especial, face às alterações da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro”, cit. pp. 178 e 193;

¹⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, dispõe que o “dever de segredo bancário surge-nos ligado a uma determinada atividade profissional e faz parte do acervo de deveres impostos ao seu exercício. Assim, o segredo profissional diz respeito a profissões ou actividades, tanto privadas como públicas, que assentam numa relação de confiança e proíbe ao destinatário do segredo que revele ou se aproveite daquilo que lhe é confidenciado em razão do seu estado [...] se dessa revelação ou aproveitamento resultarem prejuízos para o confidente ou para terceiros (cfr. arts. 195, 196 e 383 C.P.), bem como veda a intromissão, a tomada de conhecimento ou a divulgação por terceiros desses segredos.”, in “O segredo bancário - em especial, face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro”, Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Teles, Coimbra, 2002, cit. p. 65-66.

Alguma doutrina admite ainda que um dos fundamentos do segredo bancário assenta no direito de personalidade à reserva da vida privada e familiar dos clientes, de acordo com o artigo 26.º n.º1 e 2 da CRP e artigo 80.º do CC, que integra não só zonas da esfera pessoal, mas também profissional e económica¹⁵.

O segredo bancário traduz também a proteção dos interesses privados das instituições financeiras relacionados com o direito ao bom-nome, à reputação ou ainda com a liberdade de empresa¹⁶.

Numa busca em torno dos fundamentos do segredo bancário deparamo-nos também com uma longa discussão em torno da relação entre aquele e o direito constitucionalmente previsto da reserva da intimidade da vida privada.

Dentro do âmbito de análise dessa relação entre o segredo bancário e o direito à reserva da intimidade da vida privada, surge a complexa questão de saber se este direito constitucionalmente protegido se restringe a uma dimensão estritamente pessoal ou se, por outro lado, poderá abarcar também a dimensão patrimonial e económica do indivíduo.

A origem do direito à intimidade remonta à Constituição de 1976 e está hoje plasmado no artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa, o qual consagra a existência de um “direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar”.

Sem querer descurar de uma análise da génese e evolução do direito à reserva da intimidade, e da relevância das suas várias manifestações concretas, o que tem sido já muito debatido na doutrina e na jurisprudência, tendo em conta o carácter extremamente complexo deste direito, vamos focar-nos na sua relação com o segredo bancário.

¹⁵ Neste sentido, veja-se CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, “O segredo bancário - em especial, face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro”, Coimbra, 2002, cit. p. 64. Este autor entende ainda que, mais amplamente, o segredo bancário fundamenta-se ainda noutro direito geral de personalidade, que é o direito geral de personalidade, previsto no artigo 70.º n.º1 do CC, e que abrange, nomeadamente, o direito ao desenvolvimento da própria personalidade.

¹⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, entende que o direito da instituição financeira ao crédito e ao bom nome se reconduz a um direito de personalidade da pessoa colectiva, uma vez que o artigo 484 do CC “engloba expressamente as pessoas colectivas como titulares activos do direito ao crédito ou ao bom nome, mas também porque o art. 160.º n.º 1 do CC estabelece que as pessoas colectivas têm uma capacidade que “abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins”, in “O segredo bancário - em especial, face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro”, Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Teles, Coimbra, 2002, cit. p. 65-66.

É controversa a questão de saber se o âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada constitucionalmente protegida comporta os dados relativos à situação económica de uma pessoa em poder de estabelecimentos bancários, respeitantes, nomeadamente, às suas contas de depósitos e movimento destas e a operações bancárias, cambiais e financeiras.

Ora, o conhecimento de tutela constitucional conferida ao segredo bancário depende diretamente da extensão e do conteúdo material que seja concedido e reconhecido ao direito à intimidade da vida privada.

O AcTC. n.º 128/98 concluiu, no âmbito de uma ação de despejo, que o direito fundamental da reserva da intimidade da vida privada deveria ser visto como “*o direito de cada um ver protegido o espaço interior da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias; o direito a uma esfera própria inviolável*”, isto é, “*um núcleo íntimo onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respetivo titular*”. Esta formulação genérica do direito foi sendo sucessivamente acolhida noutros acórdãos posteriores do Tribunal constitucional.¹⁷

O leading case da jurisprudência constitucional portuguesa, no que toca à ligação do segredo bancário ao direito à reserva da intimidade da vida privada é o AcTC n.º 278/95, de 31 de Maio, no qual, o Tribunal Constitucional concluiu que a “*situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações ativas e passivas nela registada, faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no artigo 26.º n.º1 da Constituição, surgindo o segredo bancário como um instrumento de garantia deste direito*”.

Esta decisão sublinha ainda que “*tendo em conta a extensão que assume na vida moderna o uso de depósitos bancários em conta corrente, é pois, de crer que o conhecimento dos movimentos ativos e passivos reflete grande parte da particularidade da vida económica, pessoal, ou familiar dos respetivos titulares. Através da investigação e análise das contas bancárias, torna-se assim possível penetrar na zona mais estrita da vida privada. Pode dizer-se, de facto, que, na sociedade moderna, uma conta-corrente pode constituir a «bibliografia pessoal em números»*”.

¹⁷ Cfr. AcTC. N.º 319/95, AcTC n.º 456/93 e Ac. N.º 355/97.

O TC acolheu então a posição de que a situação económica do cidadão faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade privada, plasmado no art.26.º, nº1 da CRP, surgindo o segredo bancário como um instrumento de garantia deste direito.

À semelhança da jurisprudência, a doutrina maioritária é aquela que reconduz o segredo bancário a uma manifestação do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada. Contudo, este entendimento não é unânime. E ainda, dentro daquela doutrina que admite o segredo bancário enquanto manifestação ou instrumento de garantia do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, há quem perfilhe uma conceção estrita desse direito, no sentido de que apenas comporta os aspetos da vida pessoal do cidadão e quem, por outro lado, adota uma conceção ampla, segundo a qual se encontram também abrangidos os aspetos patrimoniais ou económicos.

Perfilhando a conceção restrita, e admitindo que o direito fundamental da reserva da intimidade da vida privada apenas se reconduz a aspetos pessoais, LEITE DE CAMPOS afirma que “uma parte da vida pessoal do cidadão está espelhada na sua conta bancária. [...] O que cada um veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os restaurantes que frequenta, as viagens que realiza; como decora a casa; o estudo dos filhos; os livros que lê; as próprias aventuras extraconjugais, tudo é relatável através de uma consulta perspicaz da sua conta bancária”. Concluindo ainda que “conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; é ter o ponto de partida para conhecer o outro”¹⁸.

Também NOEL GOMES partilha do entendimento de que o segredo bancário traduz uma dimensão essencial do direito à intimidade da vida privada. Contudo, este autor entende que adotamos, na linha da jurisprudência portuguesa e espanhola, uma conceção ampla do direito à intimidade que abrange não só os dados relativos à vida pessoal mas também os elementos da vida patrimonial dos indivíduos. Este autor refere ainda que o segredo bancário constitui um instrumento direto de garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada.¹⁹

¹⁸ Cf. LEITE DE CAMPOS, Diogo, “Direito Tributário”, Almedina, Coimbra, 2003, p. 252.

¹⁹ NOEL GOMES, “Segredo bancário e direito fiscal”, p. 103.

Refutando a qualificação do sigilo bancário enquanto direito fundamental o Conselheiro BENJAMIM RODRIGUES sustenta que “ o dever de sigilo bancário, a que corresponde um direito ao sigilo radicado na titularidade de alguém (a instituição bancária e os clientes singulares e coletivos da mesma), não é, para nós, uma emanção desse direito fundamental”²⁰.

SALDANHA SANCHES nega também a possibilidade do segredo bancário constituir expressão do direito fundamental à intimidade da vida privada, pois entende que este constitui como que o núcleo essencial de um direito mais amplo à privacidade, que abrange não apenas a intimidade, mas todas as atuações que, sem pertencerem ao núcleo da intimidade podem também, por livre escolha do indivíduo ter lugar sem ser acompanhadas de qualquer publicidade, onde existe um importante conjunto de direitos que podem conhecer restrições²¹.

Nestes termos, aquele autor entende que o ordenamento jurídico português cria, com toda a clareza uma importante distinção entre a intimidade da vida pessoal e familiar, com uma proteção decisiva daquilo que constitui o núcleo central da esfera pessoal de cada cidadão, e entre a reserva que pode acompanhar a vida privada, a qual, poderá ser objeto de uma disponibilidade implícita, após a realização de uma ponderação de interesses sujeita ao princípio da proporcionalidade.

SALDANHA SANCHES conclui pela impossibilidade do segredo bancário constituir expressão do imperativo constitucional da proteção da intimidade, desde logo porque tal acesso a essa esfera está vedado aos próprios bancos. Ou seja, não parece aceitável que uma instituição bancária, como condição para a concessão de crédito a uma pessoa singular ou para estabelecer com ela qualquer relação contratual, possa exigir informações de carácter estritamente pessoal ou a sujeição a exames médicos que, atingindo a sua esfera íntima afetam a sua dignidade e pressupõe o acesso à esfera inviolável da intimidade. A informação a que o banco pode aceder não poderá, pois, ir além da esfera patrimonial do seu cliente, pelo que, também o segredo bancário não poderá ser uma concretização do princípio constitucional do direito à intimidade.

²⁰ BENJAMIM RODRIGUES, in “O sigilo bancário e o sigilo fiscal - Segredo Bancário”, Lisboa, Edições Cosmos, 1997, p.104.

²¹ SALDANHA SANCHES, "Segredo bancário e tributação do lucro real", 1995, p.27

Partilhamos assim do entendimento da doutrina que admite uma conceção ampla do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, a qual engloba não só a esfera pessoal, mas também a esfera económica ou patrimonial. E entendemos ainda que os elementos abrangidos pelo segredo bancário poderão ser incluídos naquelas duas esferas.

4. O sigilo bancário no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

4.1 Natureza e âmbito

O sigilo bancário encontra-se contemplado, enquanto dever de segredo profissional, nos artigos 78.º a 84.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro.

O RGICSF dedica, ao segredo profissional, o Capítulo II do Título VI, e dispõe, no seu artigo 78.º o seguinte:

“1. Os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições de crédito, os seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhe prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços

2. Estão designadamente, sujeitos a segredo os nomes dos clientes, as contas de depósito e os seus movimentos e outras operações bancárias.

3. O dever de segredo não cessa com o termo das funções ou serviços”.

Atentando nesta disposição cumpre desde logo identificar, por um lado, o âmbito subjetivo da norma, isto é, quem são os titulares do direito ao segredo bancário e sobre quem impende o correspondente dever e, por outro lado, o seu âmbito objetivo, permitindo-nos precisar os dados ou informações abrangidas pelo segredo.

Em primeiro lugar, os titulares do direito são as instituições de crédito, sociedades financeiras²² e, primordialmente, os clientes. CAPELO DE SOUSA, entende que são titulares do direito ao segredo bancário “os clientes nas relações externas entre eles, as instituições de crédito e autoridades de supervisão; as instituições de crédito e autoridades de supervisão nas relações internas com as pessoas referidas nos artigos 78.º n.º1 e 80.º n.º1 do RGICSF, e, finalmente os clientes e instituições de crédito, nas relações bancárias entre eles, quer recíproca e negocialmente, quer *erga omnes*, face a terceiros, abrangidos pela extensão dos direitos de personalidade daqueles²³.”

A compreensão do elenco de entidades abrangidas nestes três conceitos não é, desde logo, imediata, razão pela qual cabe expor, sumariamente, a definição dos mesmos.

O conceito de “instituição de crédito” é-nos fornecido pela alínea w) do artigo 2.º-A do RGICSF que dispõe ser “*a empresa cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria*”²⁴.

As “sociedades financeiras” são definidas pela alínea kk) do artigo 2.º-A do RGICSF, que as identifica como “*as empresas, com exceção das instituições de crédito, cuja atividade principal consista em exercer pelo menos uma das atividades permitidas aos bancos, com exceção da receção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis do público, incluindo as empresas de investimento e as instituições financeiras referidas na subalínea ii) da alínea z)*”²⁵²⁶.

No respeitante ao conceito de cliente, o qual não tem clarificação legal, podemos dizer que abrangerá qualquer pessoa (física ou jurídica, nacional ou estrangeira, de

²² Por força do disposto no artigo 195.º do RGICSF.

²³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, “O segredo bancário - em especial, face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro”, Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Teles, Coimbra, 2002, cit. p. 69.

²⁴ O artigo 3.º do RGICSF enumera algumas espécies de entidades qualificadas como instituições de crédito e o artigo 4.º do mesmo diploma legal identifica o vasto campo de atividade dessas entidades.

²⁵ Esta subalínea remete-nos para “As sociedades cuja atividade principal consista no exercício de uma ou mais das atividades enumeradas nos pontos 2 a 12 e 15 da lista constante do anexo i à Directiva 2013/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho”

²⁶ À semelhança do artigo 3.º do RGICSF, também o artigo 6.º do mesmo diploma enumera de forma não exaustiva algumas entidades que integram o conceito de “sociedades financeiras”.

direito privado ou de direito público, com ou sem personalidade jurídica) que procura uma instituição, atendendo às atividades que esta exerce²⁷.

Se, por outro lado, atentarmos numa ótica de “dever de segredo” poderemos verificar que este recai, enquanto dever de segredo profissional, não só sobre as instituições de crédito e sociedades financeiras, mas também sobre todos os profissionais dessas entidades, estando englobados nesta última categoria, tal como previsto no n.º1 do artigo 78.º do RGICSF, os órgãos de administração ou de fiscalização, os seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhe prestem serviços a título permanente ou ocasional.

De acordo com o n.º3 do artigo 78.º do RGICSF este dever de segredo não cessa com o termo das funções ou serviços, sendo indiferente o momento da aquisição da informação, isto é, antes, durante ou após a vigência das relações contratuais²⁸.

O segredo bancário tem também, no RGICSF, um âmbito objetivo delimitado, aos “factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”, objeto este que é exemplificado através da enumeração efetuada no n.º 2 do artigo 78.º, que abrange os nomes dos clientes, as contas de depósito e os seus movimentos bem como outras operações bancárias.

Nas palavras de NOEL GOMES, dentro do círculo de informações que tenham natureza secreta importa ainda precisar que nem todas beneficiam da tutela do segredo bancário, sendo ainda necessário que entre o conhecimento de tais factos, elementos ou informações e o exercício de funções ou a prestação de serviços em causa se estabeleça um nexo de causalidade adequada, isto significa que é essencial que o conhecimento seja obtido necessária e exclusivamente no exercício da atividade profissional²⁹.

²⁷ Neste sentido, veja-se NOEL GOMES, “Segredo bancário e direito fiscal”,

²⁸ NUNES, Fernando Conceição, “Os deveres de segredo profissional no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras”, Revista da Banca n.º 29, Lisboa, 1994 pp. 50.

²⁹ NOEL GOMES, ob. cit. p. 34-35. Também neste sentido, veja-se PIRES, José Maria, “O dever de segredo na atividade bancária, in Temas de Direito Bancário, Lisboa, 1998, Rei dos Livros, pp.48-49.

Assim, por serem sigilosos, esses factos e elementos não poderão ser revelados ou utilizados³⁰ independentemente dessa revelação ou utilização produzir ou não prejuízos para o cliente e para a instituição.

No que toca à sua natureza, o sigilo bancário não se afigura como um direito absoluto, mas sim como um direito relativo que admite restrições impostas pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses de valor superior.

Essas restrições encontram-se plasmadas, desde logo, no artigo 79.º do RGICSF, bem como em alguma legislação avulsa, onde se encontram previstas exceções ao dever de segredo.

A evolução do instituto do sigilo bancário tem sido marcada por um aumento das exceções tipificadas na lei, o que se traduziu num enfraquecimento do segredo bancário perante o Estado, determinado por exigências policiais e fiscais e não, propriamente, perante os particulares³¹.

Em suma, o direito e dever de sigilo bancário não tem carácter absoluto, devendo ceder perante a realização de um interesse coletivo manifestamente superior.

4.2 As exceções ao segredo bancário

À natureza relativa do segredo bancário estão associadas as exceções previstas no artigo 79.º do RGICSF que consubstanciam circunstâncias em que as entidades bancárias e financeiras poderão revelar a terceiros os elementos cobertos por aquele dever de segredo.

Chegados a este ponto cumpre desde logo fazer notar que existe uma divisão entre dois tipos de meios de acesso aos elementos protegidos pelo sigilo bancário, deixando de um lado os casos de dispensa do sigilo bancário e do outro as verdadeiras exceções que configuram as situações de quebra ou derrogação.

³⁰ Para mais desenvolvimentos sobre os conceitos de “revelar” e utilizar” veja-se NOEL GOMES, ob. cit. pp.35-36; PAÚL, Jorge Patrício, “O sigilo bancário – sua extensão e limites no Direito Português”, Revista da Banca n.º 12, Outubro a Dezembro, 1989 pp 76; NUNES, Fernando da Conceição, “Os deveres de segredo profissional no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras”, pp.48.

³¹ MENEZES CORDEIRO, “Direito Bancário”, 2015

É no âmbito desta divisão que excluímos do leque das verdadeiras exceções ao sigilo bancário, o caso previsto no n.º 1 do artigo 79.º do RGICSF, que traduz somente uma autorização, do próprio titular do direito ao segredo, para a revelação a terceiros da sua informação bancária sigilosa. Neste caso falamos em dispensa do sigilo bancário, comunicada³² à instituição bancária ou financeira por parte do seu cliente, de onde resulta o segredo bancário como um direito disponível ao qual o seu titular pode renunciar, sem que se possa falar de qualquer violação daquele segredo.

Por outro lado existem então os casos de derrogação, que consistem em verdadeiras quebras do sigilo bancário, os quais produzem efeitos independentemente da vontade do titular do segredo, alicerçadas sobretudo em razões de interesse público, as quais, em resultado de uma ponderação levada a cabo pelo legislador, prevalecem sobre o dever de segredo e sobre os interesses por ele protegidos³³.

Neste sentido, as exceções ao segredo bancário estão contempladas no n.º2 do artigo 79.º do RGICSF, onde se prevê as circunstâncias em que as informações sigilosas podem ser reveladas a terceiros independentemente da vontade do titular do direito.

Na letra da lei, as informações protegidas pelo sigilo bancário, segundo o RGICSF, só podem ser reveladas³⁴:

a) Ao Banco de Portugal, no âmbito das suas atribuições;

b) À Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, no âmbito das suas atribuições;

³² Segundo PIRES, José Maria, este consentimento deverá ser manifestado de forma expressa e poderá ser transmitido de qualquer forma (quer oralmente, quer por escrito). O autor adverte ainda para a questão da segurança das instituições financeiras, sobre as quais, nos termos do n.º2 do artigo 342.º do CC recai o ónus de provar os factos extintivos do direito ao segredo bancário, recomendando, por conseguinte, que a transmissão seja feita por escrito, in "As operações bancárias", in Direito Bancário, volume II, Lisboa, Rei dos Livros, 1995, pp. 88

³³ Neste sentido dita NOEL GOMES, ob. cit. p. 37.

³⁴ O n.º 2 do artigo 79.º do RGICSF tem uma taxatividade aparente e não um verdadeiro elenco taxativo fechado das exceções ao segredo bancário, pois embora o preceito diga que os factos "só podem ser revelados" naquelas situações, não existe uma intenção de excluir a consideração e ponderação na globalidade e unidade do sistema jurídico, isto é, a colisão de direitos, o abuso de direito, a boa fé e mesmo as causas de exclusão de ilicitude, Neste sentido, NOEL GOMES, "Segredo Bancário e Direito Fiscal", cit. pp 41, NUNES, Fernando Conceição, "Os deveres de segredo profissional no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras", cit. pp. 60-61; CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, "O segredo bancário – em especial, face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro", cit. pp. 189-190.

c) Ao Fundo de Garantia de Depósitos, ao Sistema de Indemnização aos Investidores e ao Fundo de Resolução, no âmbito das respetivas atribuições;

d) Às autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal;

e) À administração tributária, no âmbito das suas atribuições;

f) Quando exista outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo.

A doutrina organiza as exceções previstas neste artigo em três grandes grupos, designadamente, o das exceções institucionais, que abrange as alíneas a) b) e c), o das exceções do processo penal correspondente à alínea d) e o das exceções legais, respeitante à previsão da alínea f).

Contudo, relativamente à sistematização do artigo, importa referir que a sua redação sofreu uma alteração importante. A Lei n.º 94/2009 de 1 de Setembro introduziu a alínea e), que prevê a revelação dos factos protegidos pelo sigilo à Administração Tributária. Esta exceção, antes de ter previsão expressa numa alínea própria, segundo a doutrina, integrava-se, no grupo das “outras exceções legais”³⁵, isto é, na alínea f) do n.º 2 do artigo 79.º do RGICSF, através da qual operava, entre outras, a remissão para os limites impostos pelo direito fiscal.

Os limites ao sigilo bancário impostos pela lei tributária serão abordados mais á frente, em sede própria, contudo, numa primeira nota quanto a esta nova alínea não podemos deixar de refletir sobre os grandes passos que foram dados no sentido do enfraquecimento do segredo bancário em face do direito tributário, o que fez com que esta exceção merecesse uma referência expressa no RGICSF.

Vejamos agora, de forma sucinta, quais são as exceções ao segredo bancário previstas pelo RGICSF.

As exceções institucionais estão previstas nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 79.º do RGICSF, onde se encontra prevista a possibilidade de revelação dos elementos protegidos pelo segredo ao Banco de Portugal, à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, Fundo de Garantia de Depósitos, ao Sistema de Indemnização aos Investidores e ao Fundo de Resolução, no âmbito das suas atribuições.

³⁵ Neste sentido, NOEL GOMES, ob. cit. pp. 61.

O objetivo destas exceções é facilmente perceptível, uma vez que se identifica com os interesses públicos de bom funcionamento, equilíbrio e estabilidade do sistema financeiro, bem como da salvaguarda da confiança dos que recorrem a essas entidades.³⁶

No que toca ao segundo grupo de exceções, a Lei n.º 36/2010, de 2 de Setembro trouxe uma alteração da redação da alínea d) do n.º 2 do artigo 79.º do RGICSF, deixando de se ler do artigo que os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados “*nos termos previstos na lei penal e de processo penal*” para passar a ler-se que aqueles só podem ser revelados “às autoridades judiciais, no âmbito de um processo penal”.

A partir desta nova redação do artigo parece que o legislador intencionou clarificar que a remissão do artigo opera, não só para o regime de derrogação do segredo bancário estabelecido no CPP e na demais legislação processual penal, mas sim para todo e qualquer processo-crime, seja qual for o ilícito típico em apreço³⁷, ainda que a redação anterior fosse já neste sentido. Assim, para além do regime de derrogação do segredo previsto no CPP existem outros ilícitos criminais com regulação autónoma e específica previstos em legislação avulsa, como é o caso do branqueamento de capitais³⁸, da criminalização da emissão de cheque sem provisão³⁹, o combate à criminalidade organizada e económico-financeira⁴⁰, entre outros.⁴¹

É também entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência de que com a nova redação da alínea d) do artigo deixou de operar a remissão para os mecanismos previstos no artigo 135.º Código de Processo Penal, nomeadamente, para a exigência processual que obrigava a necessidade de controlo judicial prévio bem como um específico incidente de levantamento a decidir pelo tribunal superior. Com efeito, a letra

³⁶ NOEL GOMES, ob. cit. pp. 43. Segundo o autor, os objectivos destas excepções institucionais prendem-se com as atribuições que, por lei, são atribuídas a cada uma destas entidades, destacando a função de supervisão quanto ao Banco de Portugal e à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e a função de garantia, quanto às restantes entidades.

³⁷ Neste sentido, SOUSA MENDES, Paulo, “A derrogação do segredo bancário no processo penal”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, 2012, Julho a Dezembro, Almedina, pp. 388.

³⁸ Cfr. Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho

³⁹ Cfr. Decreto-Lei n.º 454/91 de 28 de Dezembro que aprovou o regime jurídico do cheque sem provisão.

⁴⁰ Cfr. Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro.

⁴¹ Já antes da nova redação do artigo, esta remissão para o processo penal operava, não apenas para o direito codificado, mas também para outras disciplinas processuais específicas de determinados ilícitos criminais. Neste sentido, NOEL GOMES, ob. cit. pp. 52 a 61.

da lei passou também a prever a competência do Ministério Público para levantamento do segredo bancário, em detrimento da anterior competência exclusiva do juiz.⁴²

Todas estas exceções ao segredo bancário prendem-se, fundamentalmente, com razões de interesse público de investigação e punição criminal.

Por último, a alínea f) do n.º 2 do artigo 79.º do RGICSF, permite a revelação dos elementos protegidos “*quando exista outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo*”.⁴³ Nesta sede há que realçar a existência de um dever de colaboração com a justiça previsto no artigo 417.º do CPC, segundo o qual todas as pessoas devem prestar a sua “colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”. Porém, este artigo considera legítima a recusa de colaboração no caso da obediência importar a violação de sigilo profissional. A ser deduzida escusa com fundamento em violação deste dever de sigilo, o n.º 4 do artigo 417.º do CPC manda aplicar, com as necessárias adaptações o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado.

4.3 As sanções pela violação do dever de segredo

O artigo 84.º do RGICSF dispõe que a violação do dever de segredo é punível nos termos do Código Penal, sem prejuízo de outras sanções aplicáveis.

A violação do dever de segredo traduz-se, pois, num ato ilícito, afrontador de um bem jurídico com dignidade penal no nosso ordenamento jurídico. Contudo, até aí chegar, a violação do segredo bancário é também fonte de responsabilidade contraordenacional, civil e disciplinar.

O artigo 84.º do RGICSF, remete-nos então para os artigos 195.º e 196.º do CP, nos quais se prevê a punição de todo aquele que “*sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão*

⁴² Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Direito Bancário”, Almedina, 2015, p. 372.

⁴³ Para mais desenvolvimentos sobre os vários casos que constituem exceções ao segredo bancário expressamente previstas na lei, veja-se NOEL GOMES, ob. cit., pp.59 a 65;

*ou arte” bem como “se aproveitar de segredo relativo à atividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia, de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, e provocar deste modo prejuízo a outra pessoa ou ao Estado”, com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 240 dias. Estes preceitos abrangem manifestamente a violação do segredo bancário e o aproveitamento indevido do mesmo segredo*⁴⁴.

A diferença que se verifica ao nível do tipo objetivo dos crimes dos artigos 195.º e 196.º do CP evidencia que, no primeiro caso estamos perante um crime de natureza formal, de mera atividade, enquanto que, no segundo caso, a tipicidade demonstra tratar-se de um crime de dano.⁴⁵

Para que haja lugar a esta responsabilidade criminal é necessário que o ofendido/cliente formalize a queixa crime tal como decorre do art.198º do Código Penal, uma vez que o crime tem a natureza semi-pública.

Para além da responsabilidade criminal, a violação do dever de segredo acarreta também uma responsabilidade contraordenacional prevista e punida pela alínea j) do artigo 210.º do RGICSF, porquanto o segredo bancário previsto no artigo 78.º do RGICSF é uma norma imperativa⁴⁶.

A violação do segredo bancário passa ainda pela responsabilidade civil. Assim, falamos em responsabilidade civil, pois, para efeitos do artigo 483.º do CC, a quebra do dever de segredo bancário configura uma violação ilícita do direito de outrem. Em primeiro lugar, o segredo bancário visa proteger a reserva da vida privada, direito consagrado em lei expressa (artigo 80.º do CC), destarte a sua violação faz despoletar a responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, uma vez que é desrespeitado o dever geral de abstenção imposto por um direito de personalidade. Em segundo lugar, a violação do segredo, poderá originar também, responsabilidade civil contratual pois o segredo bancário é, outrossim, um dever acessório de boa fé, resultante do contrato bancário.

⁴⁴ Cfr. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *“O segredo bancário – Em especial, face às alterações fiscais da Lei 30-G/2000, de 29 de Dezembro”*, pp. 82.

⁴⁵ Assim o dita NOEL GOMES, ob. cit. pp. 67;

⁴⁶ Neste sentido, PIRES, José Maria, *“O dever de segredo na actividade bancária”*, in *Temas de Direito Bancário*, Lisboa, 1998, Rei dos Livros, pp. 117 e NOEL GOMES, *“Segredo bancário e direito fiscal”*, pp.66.

Além das sanções até agora enunciadas para a violação do sigilo bancário, existe ainda a previsão de responsabilidade disciplinar para os “trabalhadores da banca” que não cumpram o dever de segredo profissional.

É dever do funcionário da instituição de crédito “*guardar lealdade à entidade patronal*”, como se depreende da leitura da alínea e) do n.º 1 do artigo 121.º do Código do Trabalho, isto é, no sentido do funcionário não dever divulgar informações referentes à sua organização, método de produção ou negócio. Ora, a alínea c) do n.º 1 do artigo 34.º do Acordo Coletivo de Trabalho do Sector Bancário impõe aos trabalhadores das instituições de créditos “*o dever de guardar sigilo profissional, de acordo com os termos e limitações legais.*” Por conseguinte, compreende-se que a obrigação de sigilo é um dever dos trabalhadores do sector bancário, cuja violação acarreta a instauração de um procedimento disciplinar cuja sanção mais severa se traduz no despedimento sem qualquer indemnização ou compensação⁴⁷.

Por último, importa ainda referir que, relativamente à derrogação do sigilo bancário pela administração tributária, iremos ver adiante que, o acesso aos elementos protegidos pelo segredo determina, logo que a ATA tenha em sua posse toda a informação pretendida, a existência de um outro dever de segredo, designadamente, o segredo fiscal, cuja violação acarreta a existência de outros tipos de responsabilidade sancionatória para funcionários da ATA.

⁴⁷ Cfr. artigo 114.º e ss. do Acordo Colectivo de Trabalho do Sector Bancário.

CAPÍTULO II

O SIGILO BANCÁRIO E O DIREITO TRIBUTÁRIO

5. Enquadramento

O sistema fiscal assistiu, nos últimos tempos, a uma alteração do papel da administração tributária no que respeita à sua tarefa de gestão dos impostos. Perante uma impossibilidade de dar resposta à massificação das relações jurídicas tributárias a administração tributária viu-se obrigada a prescindir do monopólio da gestão dos impostos, transferindo para os contribuintes uma série de deveres que originariamente estavam a seu cargo.

Este fenómeno apelidado pela doutrina de “privatização” da administração dos impostos manifesta-se, essencialmente, pela passagem de um sistema público de administração dos impostos, que reservava aos particulares uma função eminentemente passiva, para um sistema de administração privado,⁴⁸ em que o próprio contribuinte é responsável pela liquidação dos impostos⁴⁹.

Perante este novo paradigma da gestão dos impostos a administração tributária, surgirá claramente noutras vestes, isto é, enquanto entidade com a função primordial de controlo e fiscalização.

É dentro da importância que assume a atividade de fiscalização da administração tributária, com o intuito de verificação da veracidade do declarado pelos contribuintes, que se consegue percecionar o facto pelo qual o segredo bancário poderá ser posto em causa. Todavia é necessário ter sempre em consideração que na origem desses poderes de fiscalização da AT, estão interesses públicos, com tutela constitucional, como é o interesse na justa e atempada arrecadação das receitas, imprescindível à coletividade,

⁴⁸ Neste sentido NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, cit. pp. 145.

⁴⁹ Quando falamos em liquidação a cargo dos particulares, referimo-nos por regra, à modalidade de autoliquidação, como acontece, por exemplo, com o IRC, o IVA e com as contribuições para a segurança social das entidades patronais, ou à modalidade de substituição, concretizada através da retenção na fonte, nomeadamente, o que acontece com as contribuições para a segurança social dos trabalhadores e com o IRS, quando são aplicadas taxas de retenção na fonte a título definitivo com carácter liberatório.

uma vez que a sua satisfação torna possível o regular funcionamento dos serviços públicos.

Chegados a este ponto e, uma vez que percecionámos já os interesses públicos e privados que estão na base da tutela do segredo bancário, cumpre agora analisar os valores e interesses conflitantes que poderão permitir à administração tributária, no âmbito dos seus poderes de controlo e fiscalização, derrogar o sigilo bancário.

6. Fundamentos da derrogação do sigilo em matéria tributária

6.1 Princípios do sistema fiscal

6.1.1 O dever fundamental de pagar impostos

A Constituição Portuguesa afirma a natureza fiscal do Estado ao estabelecer, desde logo, como primeiro objetivo do sistema fiscal, formado pelo conjunto dos impostos, a satisfação das necessidades financeiras do estado e de outras entidades públicas, tal como preceituado na 1ª parte do n.º 1 do artigo 103.º da CRP.

Ora, perante um Estado intervencionista nas mais diversas áreas da realidade histórico-social, e que precisa de financiamento para sustentar esse intervencionismo, surge o dever fundamental de pagar impostos e a necessidade de existência de um estado fiscal⁵⁰.

Do n.º 1 do artigo 103.º da CRP decorre então a obrigação, de carácter universal, de todos os cidadãos se encontrarem adstritos ao pagamento de impostos.

A necessidade de gerar receitas por parte do Estado, para financiar despesas públicas, desde cuidados de saúde, serviços de transporte, telecomunicações, prestações de ensino, segurança social, entre outros, traduz um objetivo financeiro do sistema fiscal.

Nesta sede cumpre ainda atentar na coesão global existente entre a constituição financeira e a constituição económica bem como a necessária subordinação do sistema

⁵⁰ ALVES, Telmo José Macedo, “ O sigilo bancário- uma perspectiva constitucional em matéria tributária”, Coimbra, 2003, p.26

fiscal ao sistema económico. Com efeito, e uma vez que compete ao Estado regular a economia, a política fiscal é um instrumento normal da política económica.⁵¹

CASALTA NABAIS fala ainda da existência de um “mínimo de subsistência estadual”, o qual, se não for satisfeito, põe em perigo a própria existência do Estado. Com efeito, o estado tem de poder impor e cobrar os impostos necessários ao cumprimento das tarefas que, independentemente do tempo e lugar, indiscutivelmente lhe correspondem⁵².

Sucede porém que, o dever fundamental de pagar impostos não se esgota, atualmente, no tradicional cumprimento de obrigações pecuniárias, abrangendo, por sua vez, também a realização de prestações não patrimoniais por parte dos contribuintes ou de terceiros à relação jurídica tributária que permitem à efetiva aplicação das normas tributárias. Referimos, a este propósito, aos deveres de colaboração.⁵³

Segundo NOEL GOMES, o dever fundamental de pagar impostos, na conceção atual, não vincula apenas os contribuintes, tendo também como destinatários os próprios poderes públicos, que assim são chamados que são, por sua vez, chamados a desempenhar um papel ativo na sua conformação. Este autor considera que perante a atual transformação funcional da administração tributária, relegada fundamentalmente para o exercício de funções de controlo e fiscalização o Estado vê-se obrigado a reforçar os poderes de inspeção da administração tributária, dotando-a de meios que se revelem necessários e adequados ao fim visado⁵⁴.

6.1.2 Princípio da igualdade fiscal

Paralelamente a uma obtenção de receitas para financiar despesas públicas existe ainda um objetivo social do sistema fiscal, previsto na 2ª parte do n.º1 do artigo 103º da

⁵¹ Neste sentido, GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, anotação ao artigo 103.º. Estes autores mencionam, como afloramento explícito da ideia de subordinação da política fiscal à política económica, o disposto no artigo 104.º n.º 4 da CRP, que estabelece como fundamento dos impostos sobre o consumo o intuito de adaptar a estrutura do consumo à evolução das necessidades do desenvolvimento económico.

⁵² CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 216

⁵³ NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, Almedina, 2006, p.129.

⁵⁴ NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, 2006, p.130.

CRP, traduzido na repartição justa dos rendimentos e da riqueza. Este objetivo do sistema fiscal tem subjacente a ideia de justiça social e de contribuição para a diminuição da desigualdade e decorre ainda de uma exigência imposta pelo princípio da igualdade material.

O princípio da igualdade é um princípio jurídico-constitucional transversal a todo o ordenamento jurídico e tem acolhimento constitucional no artigo 13.º da CRP.

Tivemos já a oportunidade de enunciar, na alínea anterior, a existência de uma obrigação de carácter universal, decorrente do princípio da igualdade fiscal, segundo a qual, todos os cidadãos se encontrarem adstritos ao pagamento de impostos.

Contudo, esta obrigação de carácter universal, encontra-se aliada a um critério decorrente e ao mesmo tempo norteador da igualdade fiscal, nomeadamente, o critério da capacidade contributiva, nos termos do qual as pessoas devem ser tributadas de acordo com a sua capacidade contributiva.

Podemos assim dizer que a igualdade fiscal assenta na ideia de justa, equitativa e igual repartição dos encargos financeiros do Estado e dos gastos públicos pelos cidadãos. Neste sentido, a igualdade fiscal será uma "igualdade na medida da diferença", ou seja, devem ser tratadas de forma igual as situações iguais, e de forma desigual as situações desiguais⁵⁵.

A igualdade fiscal é, claramente, uma igualdade substancial, e não meramente formal, no sentido de que os ricos devem pagar mais que os pobres, ou de que a taxa aplicável deve aumentar à medida que aumenta a matéria coletável, sempre pressupondo, portanto, a aplicação do critério da capacidade contributiva.

6.1.3 Princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva surge assim enquanto critério norteador da igualdade fiscal consagrada no artigo 113.º da CRP.

⁵⁵ TEIXEIRA RIBEIRO, "Lições de Finanças Públicas", Coimbra Editora, 1995.

Quanto à aplicação do critério da capacidade contributiva, CASALTA NABAIS refere que “os contribuintes com a mesma capacidade pagarão o(s) mesmo(s) imposto(s) (igualdade horizontal) e os contribuintes com diferente capacidade pagarão diferentes impostos, seja em termos qualitativos, seja em termos quantitativos (igualdade vertical)”⁵⁶.

Segundo CASALTA NABAIS, a capacidade contributiva constitui o pressuposto e o critério da tributação. Assim, enquanto pressuposto exige não só que todos os tributos, mas também os próprios benefícios fiscais tenham por objeto “bens fiscais”, excluindo, por conseguinte, da tributação, tanto o mínimo existencial como o chamado máximo confiscatório. Enquanto critério da tributação, a capacidade contributiva rejeita que o conjunto dos impostos e cada um dos impostos de per si tenham por base qualquer outro critério, seja ao nível das respetivas normas, seja ao nível dos correspondentes resultados⁵⁷.

O n.º 1 do artigo 104.º da CRP prevê expressamente a tributação do rendimento pessoal enquanto instrumento privilegiado de realização do objetivo de diminuição das desigualdades, assentando assim num objetivo de igualdade económica entre os cidadãos e estabelecendo que o imposto sobre o rendimento deverá ser único e progressivo⁵⁸.

Também a LGT, no n.º 1 do seu artigo 4º, onde regula os pressupostos dos tributos, dispõe que os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património.

Em suma, a capacidade contributiva, enquanto princípio estruturante do sistema fiscal assenta na tributação do rendimento, constituindo o rendimento do agregado familiar o índice da capacidade das pessoas singulares e medida da respetiva tributação

⁵⁶ Cfr. CASALTA NABAIS, “O Dever Fundamental de Pagar Impostos - Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo”, cit. pp. 443.

⁵⁷ CASALTA NABAIS, “Direito Fiscal”, Almedina, Coimbra, 2010, p. 151.

⁵⁸ Segundo GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, “a unicidade quer dizer que os rendimentos pessoais devem ser englobados num único imposto, de forma a tomar em conta o seu montante global. A progressividade quer dizer que a taxa deve ser tanto maior quanto mais elevado for o rendimento global” in Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

assim como, o lucro real tem o mesmo papel para as empresas, ou seja, funciona como critério para a distribuição dos seus encargos fiscais⁵⁹.

Com efeito, o levantamento do sigilo bancário destinar-se-á a aferir, nesta sede, do cumprimento da obrigação de declaração, pelos contribuintes, de todos os seus rendimentos, por forma a garantir a execução dos princípios da capacidade contributiva e da igualdade fiscal, cuja finalidade de diminuição das desigualdades entre os cidadãos não se bastará com a mera previsão normativo-legal, devendo, por outro lado, ser exercido um poder de controlo e correção da situação tributária do contribuinte inadimplente.

6.1.4 Tributação das empresas pelo lucro real

A lei fundamental portuguesa consagra o princípio da tributação das empresas pelo lucro real no n.º2 do artigo 104.º da CRP, o qual é visto como uma afloração dos princípios da igualdade fiscal e da capacidade contributiva⁶⁰.

Segundo esse princípio, as realidades jurídicas que se enquadrem no conceito constitucional de empresas são tributadas de acordo com o rendimento que realmente auferem, em vez do rendimento que poderia ser obtido em condições normais de exploração, independentemente das condições concretas em que se desenvolveu a atividade⁶¹.

⁵⁹ SALDANHA SANCHES, “Manual de Direito Fiscal”, Coimbra Editora, 2007, p. 227.

⁶⁰ Cf. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, “No que respeita à tributação das empresas, entre duas soluções típicas possíveis – ou seja, por um lado, a tributação dos lucros reais (que incide sobre os lucros realmente verificados, os quais são naturalmente variáveis de ano para ano) e, por outro lado, a tributação dos lucros normais (que incide sobre os lucros que se obteriam em condições normais e que, por isso, podem exceder ou ficar aquém dos efectivamente obtidos, assim se premiando as gestões mais lucrativas e castigando as menos lucrativas) – a Constituição optou pela primeira.”, in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, 2007, p. 1100.

⁶¹ Cf. NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, p.138. TEIXEIRA RIBEIRO, in “Lições de Finanças Públicas”, refere que o rendimento pode ser determinado por duas formas: com base nos elementos fornecidos pelo contribuinte, sobretudo pela contabilidade apresentada ou, nos casos em que não seja possível essa determinação efectiva (designadamente, pela inadequação da contabilidade à verdade material e pela impossibilidade de comprovação dos elementos contabilísticos fornecidos pelo contribuinte) a partir de indícios, presunções.

O lucro real das empresas é aquele que é obtido através da sua contabilidade, cuja tributação vai exigir quer a possibilidade de um controlo administrativo da contabilidade das empresas quer a imposição à mesmas de mais exigentes deveres de cooperação e maiores poderes/deveres de investigação à administração tributária⁶².

Segundo NOEL GOMES, a natureza do princípio da tributação pelo lucro real, articulada com a natureza subsidiária do recurso a presunções como forma de determinar o rendimento real, leva a que a administração tributária esteja dotada de amplos poderes de controlo e investigação.

Ora, o rendimento real das empresas poderá ser apurado com base nos elementos fornecidos pelo contribuinte ou ainda através de indícios e presunções no caso de recusa de exibição da sua contabilidade ou quaisquer outros documentos solicitados pela administração tributária.

A exibição da contabilidade pelo contribuinte pode, em certas situações, demonstrar-se imprescindível à verificação do cumprimento do preceito constitucional que estabelece o princípio da tributação das empresas pelo lucro real. Perante o incumprimento do dever de exibição da escrita contabilística por parte do contribuinte, a administração tributária deverá estar dotada de amplos poderes de investigação, razão pela qual se compreende que, ponderados os interesses conflituantes em causa, se admita a derrogação do sigilo bancário, por forma a averiguar o lucro real das empresas.

6.1.5 Combate à fraude e evasão fiscais

Após analisarmos as premissas em que assenta o estado fiscal, facilmente percebemos que, a par das decisões normativas sobre o modo de distribuição dos encargos tributários, haverá de existir mecanismos que permitam efetivá-los e concretizar, na prática o princípio da justiça tributária.

Assim, perante um moderno Estado Social de Direito Democrático, orientado por valores de justiça e solidariedade, terá de existir um reforço dos poderes de controlo e efetivação do dever fundamental de pagar impostos.

⁶² SALDANHA SANCHES, "Segredo bancário e tributação do lucro real", 1995, p. 35

Concordamos com CASALTA NABAIS, quando defende que “a nenhum membro da comunidade pode ser permitido excluir-se de contribuir para o suporte financeiro da mesma, incumbindo, por conseguinte ao Estado obrigar todos a cumprir o referido dever. Pois, embora este, como qualquer dever, constitua diretamente uma posição passiva do contribuinte face ao Estado, reflexamente ele configura-se como uma posição ativa do contribuinte traduzida no direito de este exigir do Estado que todos os membros da comunidade sejam constituídos destinatários desse dever em conformidade com a respetiva capacidade contributiva e, bem assim, que todos eles sejam efetivamente obrigados ao cumprimento do mesmo. Pelo que cada contribuinte tem simultaneamente um dever, o de contribuir para a comunidade que integra, e um direito, o direito de exigir que todos os outros membros da comunidade também contribuam para a mesma comunidade”⁶³.

Com intuito de garantir que todos os contribuintes cumprem seu dever de pagar impostos o legislador prevê diversos mecanismos através dos quais se pretende prosseguir o interesse público que reside na verdade material da situação tributária dos contribuintes bem como no combate à fraude e evasão fiscal.

É neste campo que assumem verdadeira importância os mecanismos de que o legislador lançou mão com o desígnio de prosseguir as finalidades de perseguição, punição e prevenção da criminalidade ligada aos fenómenos da fraude e evasão fiscal, onde poderemos enquadrar o procedimento de derrogação do sigilo bancário.

SALDANHA SANCHES realça, à luz da doutrina e jurisprudência alemã, que o princípio da declaração tem como pressuposto a aplicação efetiva do princípio da verificação. O autor salienta que, “a relação jurídica que o cidadão estabelece com o Estado no processo de cumprimento das suas obrigações fiscais tem por base a sua declaração. Esta vai fornecer os elementos sobre os quais assenta a definição da sua dívida fiscal e presume-se verdadeira até prova em contrário”⁶⁴.

Com efeito, exigindo o princípio da igualdade uma semelhante oneração dos diversos contribuintes tal só poderá acontecer se a administração tributária for dotada de meios eficientes de combate à fraude e evasão fiscal. Pelo que, o princípio da

⁶³ CASALTA NABAIS, “Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal”, Almedina, Coimbra, 2005, pp.59-60.

⁶⁴ SALDANHA SANCHES, Manual de Direito Fiscal, Coimbra Editora, 2007, pp. 242 a 243.

verificação constitui, assim, uma consequência direta do princípio da justiça na distribuição dos encargos tributários, uma vez que se alguns contribuintes deixarem de cumprir os seus deveres tributários, e perante a ineficiência do controlo administrativo, tal situação acarretará uma lesão dos direitos e garantias dos contribuintes cumpridores.

6.2 Princípios do procedimento tributário

Por forma a compreendermos a necessidade de obtenção de informações e documentos bancários dos contribuintes, necessitamos, não só de compreender os princípios do sistema fiscal que estão na base da quebra do sigilo bancário, mas também os princípios do procedimento e processo tributário que pautam as relações entre a Autoridade Tributária e Aduaneira e os contribuintes.

A quebra do segredo bancário ocorre no âmbito de um procedimento regulado por lei que confere direitos e deveres ao contribuinte e que prevê o âmbito e o limite dos poderes da administração tributária.

6.2.1 A descoberta da verdade material

Primeiramente, cumpre fazer notar que uma possível derrogação do sigilo bancário só ocorrerá no âmbito de um procedimento tributário cujo objetivo fundamental é a descoberta da verdade material⁶⁵.

Numa estreita ligação com princípio da igualdade, anteriormente desenvolvido, a verdade material em matéria tributária implica também o respeito pela efetiva capacidade contributiva dos sujeitos, a qual se pretende apurar no âmbito do procedimento tributário.

O alcance desta verdade material apenas será possível se os atos em que o procedimento tributário se decompõe – atos praticados quer por entidades públicas quer por entidades privadas – a tiverem como coordenada essencial, não sendo de admitir nem condutas da Administração Tributária que procurem, a todo o custo, a tributação de

⁶⁵ O princípio da verdade material encontra-se previsto no artigo 55º da LGT com a designação de “princípio da justiça”.

rendimentos dos contribuintes, nem condutas destes últimos que procurem, por todas as formas criar obstáculos a essa tributação⁶⁶.

No nosso sistema fiscal a intervenção da administração tributária concretiza-se, por via de regra, num controlo *a posteriori* das declarações dos contribuintes e das correspondentes liquidações, por forma a apurar se todos os factos com relevância tributária foram objeto de declaração e se está correta a respetiva quantificação, sendo através do procedimento de inspeção tributária que a ATA visa a observação das realidades tributárias, a verificação do cumprimento das obrigações tributárias e a prevenção das infrações tributárias⁶⁷.

Não obstante os princípios e interesses que fundamentam o sigilo bancário existe ainda, por outro lado, um interesse público de averiguação e comprovação dos factos fiscalmente relevantes no âmbito do combate à fraude e evasão fiscais, procurando respeitar o dever de verdade material⁶⁸.

6.2.2 A cooperação

Para a prossecução da verdade material é estritamente necessária a existência de um dever de colaboração recíproco entre os órgãos da Administração Tributária, os contribuintes e demais obrigados tributários.

O dever de colaboração está expressamente previsto nos artigos 59º da LGT e 48º do CPPT de onde se pode ler que o contribuinte cooperará de boa fé na instrução do

⁶⁶ Neste sentido, FREITAS DA ROCHA, Joaquim, Lições de Procedimento e Processo Tributário, 4ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.. 104 e ss.

⁶⁷ Cfr. Art. 2º n.º1 do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira.

⁶⁸ No entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa “O segredo bancário é estabelecido em função de vários interesses, a saber o das próprias instituições bancárias, em cuja atividade releva de forma especial o princípio da confiança, o das pessoas, clientes diretos do banco, estando em causa a salvaguarda da vida privada, e o dos terceiros (clientes indiretos) que se relacionam com o banco através dos seus clientes. É ponderando estes interesses, o interesse de acesso ao direito e da descoberta da verdade material que está subjacente ao pedido de informação, e a natureza civilística dos mesmos, que se há-de aquilatar, de forma criteriosa, moderada e casuística, qual o interesse preponderante, dando-lhe prevalência. Quando se está perante um elemento de prova indispensável ou fundamental para a descoberta da verdade, deve o sigilo bancário ceder perante o dever de cooperação na descoberta da verdade material, no âmbito da administração da justiça.” (Ac. TRL de 25 de Março de 201, proferido no âmbito do processo n.º 129/13.5TJLSB-A.L1-7).

procedimento, esclarecendo de modo completo e verdadeiro os factos de que tenha conhecimento e oferecendo os meios de prova a que tenha acesso.⁶⁹

Os contribuintes devem, por assim dizer, colaborar e cooperar com a ATA na realização do interesse público da correta e justa aplicação das normas fiscais.

No que toca ao sigilo bancário sabemos que, não obstante existirem casos de acesso direto a informações e documentos bancários pela Administração Tributária sem qualquer necessidade de consentimento prévio do contribuinte, conforme adiante se demonstrará, existem também circunstâncias em que o próprio contribuinte poderá colaborar com a administração tributária autorizando a consulta da informação bancária em questão, por forma a fazer prova de que é verdadeira a situação fiscal declarada.

Relativamente à obtenção de informação bancária dos contribuintes, atualmente, também as próprias instituições bancárias e financeiras são destinatárias do dever de colaboração com a ATA, no âmbito do procedimento e processo tributário, enquanto entidades depositárias de informações dos contribuintes com relevância tributária, cujo conteúdo tem extrema importância na atividade de controlo e fiscalização exercida pela ATA sobre os contribuintes.

Note-se que o artigo 63.º n.º 5 da LGT elenca algumas circunstâncias em que é legítima a falta de cooperação do contribuinte no âmbito do procedimento de inspeção tributária. Todavia, nessa mesma disposição aparece-nos a derrogação do sigilo bancário enquanto exceção aos casos em que é possível uma oposição legítima do contribuinte. Prevê então a alínea b) do n.º 5 do artigo 63.º da LGT que é legítima a falta de cooperação na realização das diligências inspetivas quando as mesmas impliquem a “consulta de elementos abrangidos pelo segredo profissional, bancário ou qualquer outro dever de sigilo legalmente regulado, com exceção do segredo bancário e do sigilo previsto no Regime Jurídico do Contrato de Seguro, realizada nos termos do n.º 3”.

Em suma, será com o intuito de alcance da verdade material e confrontada com uma violação do dever de cooperação por parte do contribuinte que a administração tributária poderá, nos casos expressamente previstos na lei, derrogar o sigilo bancário.

⁶⁹ Cfr. Art. 48º n.º 2 do CPPT.

7. A derrogação do sigilo bancário no processo penal tributário

De entre os casos que constituem verdadeiras exceções ao dever de segredo bancário, tal como previstas no artigo 79.º do RGICSF, verifica-se a possibilidade dos factos cobertos por esse mesmo sigilo poderem ser revelados às autoridades judiciais no âmbito de um processo penal⁷⁰.

À quebra do segredo bancário no âmbito de um processo criminal presidem interesses de investigação e punição da criminalidade ligada aos fenómenos da evasão e fraude fiscais bem como a outros tipos de criminalidade tributária, perante os quais temos que ter em conta o interesse constitucionalmente protegido da investigação criminal.

Sucedem que, aparentemente, a nova redação da alínea d) do n.º 2 do artigo 79.º do RGICSF, dada pela Lei 36/2010 de 2 de Setembro, fez operar uma alteração no mecanismo de quebra do segredo bancário para efeitos penais.

Assim, onde antes se lia que os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados “ nos termos previstos na lei penal e do processo penal” pode ler-se agora “às autoridades judiciais, no âmbito de um processo penal”.

Em face da alteração desta norma legal, o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência tem sido no sentido de considerar que deixou de operar a remissão para os mecanismos previstos no artigo 135.º do Código de Processo Penal, designadamente, para a exigência processual que obrigava a necessidade de um controlo judicial prévio bem como a existência de um específico incidente de levantamento, a decidir pelo tribunal superior⁷¹.

No momento anterior à entrada em vigor da nova redação do artigo 79.º n.º 2 alínea d) do RGICSF, a derrogação do sigilo bancário, quando existisse um processo crime em

⁷⁰ Cfr. Art 79.º n.º 2 alínea d) do RGICSF.

⁷¹ A favor deste entendimento veja-se MENEZES CORDEIRO, “Direito Bancário”, Almedina, 2015, p. 372. Segundo este doutrinador a Lei n.º 36/2010 de 2 de Setembro, em conjunto com a lei 37/2010, do mesmo dia, veio constituir “um pacote “anti-sigilo bancário””, considerando ainda que “o incidente de levantamento do sigilo, em investigações criminais urgentes podia prejudicar o processo. Todavia, a banalização do levantamento a qualquer investigação, decidida apenas pelo MP e isso numa altura em que o segredo de justiça atingiu a estaca zero, afigura-se demasiado. Exigir-se-ia, sempre, uma decisão do juiz, perante um pedido devidamente justificado.”

curso, apenas poderia operar de acordo com os mecanismos previstos nos artigos 135º, 181º e 182º do CPP, dedicados ao segredo profissional e às apreensões em estabelecimentos bancários, através de prévia autorização do juiz, em despacho fundamentado, quando existissem razões para crer que a informação a obter é de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.⁷²

Atualmente, o sigilo bancário poderá ser levantado, num processo penal, não só pelo juiz, como também pelo Ministério Público, no decurso do inquérito⁷³. O TC, no seu acórdão n.º 42/2007 de 23 de Janeiro de 2007, embora reportando-se à aplicação da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro, que estabelece as medidas de combate à criminalidade organizada, considerou que não existe inconstitucionalidade material na dispensa da intervenção judicial para a quebra do segredo bancário, desde que fosse assegurada a ponderação e o enquadramento de interesses públicos considerados dominantes⁷⁴.

Com efeito, perante um despacho devidamente fundamentado da autoridade judiciária competente no âmbito do processo penal as instituições de crédito e sociedades financeiras, os seus representantes, agentes ou empregados terão que revelar o nome de clientes, as contas, os movimentos e outras operações bancárias ou financeiras.

Segundo PAULO SOUSA MENDES, a eliminação do controlo judicial prévio, e a atribuição ao MP do poder de decisão sobre a quebra do segredo bancário, não afasta a

⁷² Neste sentido dita o AcTC n.º 278/95, “ *O segredo bancário não é um direito absoluto, antes pode sofrer restrições impostas pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Na verdade, a tutela de certos valores constitucionalmente protegidos pode tornar necessário, em certos casos, o acesso aos dados e informações que os bancos possuem relativamente às suas relações com os clientes. Assim sucede com os artigos 135º, 181º e 182º do actual Código de Processo Penal, os quais procuram consagrar uma articulação ponderada e harmoniosa do sigilo bancário com o interesse constitucionalmente protegido da investigação criminal, reservando ao juiz a competência para ordenar apreensões e exames em estabelecimentos bancários, determinando que deve ser ele a presidir ao exame de correspondência e de qualquer documentação bancária e impondo aos órgãos de polícia criminal e aos técnicos qualificados que tiverem coadjuvado o juiz o dever de segredo relativamente a tudo aquilo de que tiverem tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova.*” (Ac. do TC, de 31 de Maio de 1995, proferido no âmbito do proc. n.º 510/91 - Rel. Cons. Alves Correia).

⁷³ Cf. Ac. TRP, de 19.10.2011 que dispõe que “ A partir de 1 de Março de 2011 a quebra do segredo cabe ao MP ou ao juiz de instrução” (Proc. n.º 1688/09, Relator Jorge Dias); Ac. TRE, de 25.10.2011, segundo o qual “A CGD forneceu elementos ao MP, porque o artigo 135.º do Código de Processo Penal deixou de ter aplicação” (Proc. n.º 756/10, Relator João Gomes de Sousa).

⁷⁴ Ac. TC n.º 42/2007, proferido no âmbito do processo n.º 950/2006 (Relatora Conselheira Maria Fernanda Palma).

possibilidade desse controlo ser feito posteriormente, durante a instrução ou já na fase de julgamento. O autor fundamenta esse entendimento tendo por base que “o acesso aos dados das contas bancárias constitui uma intromissão na vida privada”, pelo que, “se for realizada à margem das ponderações impostas pela Constituição (art. 18.º, n.º 2 e 3 da CRP) essa intromissão viola uma proibição de prova (art. 126.º, n.º 3 CPP)”, “as proibições de prova são de conhecimento oficioso”, “a violação de proibições de prova leva à declaração de nulidade das provas assim obtidas e ao seu desentranhamento dos autos” e por último, refere ainda que o arguido pode suscitar a questão da nulidade das provas, quer no requerimento para abertura de instrução quer na contestação⁷⁵.

Na coadjuvação do Tribunal em matéria de investigação de crimes tributários, cumpre ainda realçar o papel fundamental da Administração Tributária enquanto verdadeiro órgão e autoridade de polícia criminal com poderes para, sob a direção do Ministério Público, investigar a prática de crimes fiscais e aduaneiros.⁷⁶

Segundo MACEDO ALVES, podemos mesmo afirmar que, em matéria de crimes tributários⁷⁷ a competência para a prática dos atos de investigação pertence, em primeiro lugar, aos órgãos e serviços da administração tributária. Neste sentido vão os artigos 35º e seguintes do RGIT, que determinam a tramitação do processo penal tributário.

Aos órgãos da administração tributária são assim atribuídos, durante o inquérito, os poderes e funções que o Código de Processo Penal atribui aos órgãos e às autoridades de polícia criminal⁷⁸, presumindo-se-lhes delegada a prática de atos que o Ministério Público pode atribuir àquelas entidades, sob a sua direção funcional.⁷⁹

⁷⁵ PAULO SOUSA MENDES, “A derrogação do segredo bancário no processo penal”, in Revista de Concorrência e Regulação, 2012, p.390.

⁷⁶ Cfr., ALVES, Telmo José Macedo, O Sigilo bancário – Uma perspectiva constitucional em matéria tributária.

⁷⁷ Teremos que excepcionar aqui os casos de crimes comuns que em concurso estejam conexonados com os mesmos, como por exemplo, o crime de burla, e cuja competência para a investigação se determina nos termos gerais.

⁷⁸ De acordo com as alíneas c) e d) do artigo 1º do CPP são órgãos de polícia criminal todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados nos termos da lei processual penal e são autoridades de polícia criminal os directores, oficiais, inspectores e subinspectores de polícia e todos os funcionários policiais a quem as leis respectivas reconhecerem aquela qualificação. SIMAS SANTOS enquadra o Director de Finanças, bem como os Directores de Serviços (artigo 41.º n.º 1 alínea d) do CPP) na definição legal de autoridade de

Não é possível deixar de verificar que estes amplos poderes da Administração Tributária no âmbito do processo penal acarretam também alguns problemas para os direitos dos arguidos, no que toca à prova obtida no processo.

Atente-se no caso em que a administração tributária, no âmbito de uma investigação criminal, tem acesso a informações protegidas pelo sigilo bancário obtidas em cumprimento dos preceitos legais de processo penal.⁸⁰ Esta qualidade de órgão de polícia criminal da administração tributária leva a que os indícios de incumprimento dos deveres dos contribuintes possam resultar de elementos recolhidos em sede de processo penal, nomeadamente através da derrogação do sigilo bancário efetuada pela autoridade judiciária competente no processo penal, cujas informações e documentos são dadas ao conhecimento da administração tributária.

Por outro lado, já nos parece possível que os elementos bancários obtidos de forma lícita no âmbito do procedimento tributário possam ser levados como prova ao processo sancionador, em abono da unidade do sistema jurídico. Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA chama atenção para o facto de que “é oportuno tratar neste lugar da utilização de elementos indiciadores de crime recolhidos na fase de inspeção tributária e apenas para referir que todos os elementos recolhidos legalmente podem posteriormente constituir elementos de prova no processo criminal”⁸¹.

polícia criminal (artigo 1.º alínea d) do CPP) in Código de Processo Penal – Anotado, 2ª Edição, I Volume, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2008, p.75.

⁷⁹ Cfr. art. 40.º n.º 2 do RGIT.

⁸⁰ Neste sentido, veja-se os acórdãos do Tribunal Central Administrativo Norte de 15.10.2010 no âmbito do processo n.º 01619/09.0BEBRG, do Tribunal Central Administrativo Sul de 1.10.2014 do processo 07937/14 bem como o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16.09.2015, do processo .º 099/15, o qual se pronunciou pela oposição daqueles dois primeiros acórdãos e concluiu pela proibição da AT de utilizar informação bancária de um contribuinte obtida na fase de inquérito para fins administrativos sem percorrer o caminho necessário à derrogação do sigilo bancário nos termos do artigo 63-B da LGT.

⁸¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores conexas com o crime tributário”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 180.

8. A derrogação do sigilo bancário pela Autoridade Tributária para fins administrativos

Em 29 de Dezembro de 2000, foi publicada a Lei n.º 30-G/2000, a qual, traduzindo uma verdadeira reforma fiscal, previa nos seus artigos 13.º a 16.º as “Medidas de administração tributária e de combate à evasão e fraude fiscais”.

Este diploma legislativo estabeleceu um novo regime de acesso à informação bancária dando uma nova orientação à LGT, no sentido de atribuir, pela primeira vez, à administração tributária a possibilidade de aceder diretamente à informação bancária dos contribuintes, para fins administrativos, sem necessidade de prévia autorização judicial, salvo algumas exceções.

A Lei Geral Tributária manteve a redação do n.º1 do artigo 63º respeitante aos poderes de inspeção dos órgãos da administração tributária no sentido de apuramento da situação tributária dos contribuintes, contudo, contemplou uma mudança significativa ao admitir a possibilidade de, nas situações previstas na lei, existir derrogação do segredo sem necessidade de autorização judicial. Por outro lado, e como não poderia deixar de ser, foram criados alguns meios procedimentais e processuais destinados a salvaguardar os direitos e garantias dos contribuintes.

O acesso pela administração tributária a documentos e informações bancárias passou então a estar previsto e regulado nos artigos 63.º-A, 63.º-B e 64.º-C da LGT.

Mais tarde, a temática de acesso pela Administração fiscal aos dados bancários viria a ser alvo de alterações com a Lei 55-B/2004 de 30 de Dezembro que aprovou o orçamento de estado para 2005.

Este normativo legal foi ainda alvo de alterações significativas operadas pela Lei do Orçamento de estado para 2009, aprovada pela lei 64-A/2008, de 31 de Dezembro, bem como pela Lei n.º 94/2009, de 01 de Setembro e ainda pela lei 37/2010 de 2 de Setembro.

Após um longo processo evolutivo, a derrogação do sigilo bancário pela administração tributária para fins meramente administrativos parece ter-se tornado na regra geral em matéria de acesso a documentos e informações bancárias.

Note-se que a Lei n.º 37/10 de 2 de Setembro alterou a redação do n.º2 do artigo 63.º da LGT, tendo eliminado da norma que previa a dependência de autorização judicial para a quebra dos segredos, a respectiva referência ao sigilo bancário.⁸²

O artigo continua a prever a necessidade de autorização judicial, enquanto regra geral, mas somente quanto à informação protegida pelo segredo profissional ou qualquer outro sigilo legalmente regulado, tendo sido eliminada, porém, a referência ao sigilo bancário.

Ainda que tenha sido afastada a necessidade de obter uma decisão judicial para aceder a elementos cobertos pelo segredo bancário, somos a crer que, ainda assim, em casos mais duvidosos quanto à verificação dos fundamentos de derrogação previstos na lei fiscal, a administração tributária deva obter uma autorização judicial que permita assegurar os direitos e interesses em causa.

Sem nunca esquecer os interesses públicos e privados que o segredo bancário visa acautelar, e que foram já elencados anteriormente, nos dias de hoje, em que a derrogação administrativa passou a ser a regra, é necessário proceder a uma análise casuística da verificação (ou não verificação) das circunstâncias e fundamentos taxativamente previstos na lei tributária para a quebra do segredo e, caso a caso, verificar os direitos do contribuinte que poderão traduzir um verdadeiro limite aos poderes da Autoridade Tributária e Aduaneira.

Assim, cumpre desde logo apreciar em que vestes e circunstâncias poderá a administração tributária, por si só e enquanto entidade administrativa, aceder a documentos protegidos pelo segredo.

A jurisprudência dos tribunais superiores tem vindo a considerar que a derrogação do sigilo bancário pela ATA não pode ocorrer senão em sede de procedimento de inspeção tributária⁸³.

⁸² Anteriormente à alteração introduzida pela Lei 37/10 de 2 de Setembro o artigo 63.º n.º2 tinha a seguinte redação: “O acesso à informação protegida pelo sigilo profissional, bancário ou qualquer outro dever de sigilo legalmente regulado depende de autorização judicial, nos termos da legislação aplicável, exceto nos casos em que a lei admite a derrogação do dever de sigilo bancário pela administração tributária sem dependência daquela autorização.”

⁸³ Neste sentido, veja-se os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo sul de 11 de Julho de 2006, proferido no processo n.º 1187/06, do Tribunal Central Administrativo Norte de 27 de Setembro de

Atentando desde logo na inserção sistemática da regulamentação do sigilo bancário no artigo 63.º da LGT que tem como epígrafe “Inspeção”, bem como na natureza marcadamente instrumental deste mecanismo, a derrogação só poderá ocorrer quando esteja em causa uma ação de fiscalização tributária, a qual visa, nos termos do n.º1 do artigo 2.º do RCPIT a observação das realidades tributárias, a verificação do cumprimento das obrigações tributárias e, por último, a prevenção das infrações tributárias.

Assim, a derrogação administrativa do sigilo bancário deverá operar num procedimento de inspeção tributária, devendo ainda ser delimitada pelo âmbito material e temporal desse procedimento.

Em 2007, o Tribunal Constitucional, no âmbito de um processo de fiscalização preventiva, pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma do diploma que previa a derrogação automática do sigilo bancário, no âmbito do procedimento de apreciação de reclamação graciosa e do processo judicial de impugnação de ato tributário, por considerar que essa previsão não garante um procedimento e um processo justos⁸⁴. O TC entendeu mesmo que essa medida iria repercutir-se agravadamente no processo em que se reclama ou impugna, “fundamentalmente na medida em que coloca o cidadão contribuinte perante um dilema constitucionalmente inaceitável: ou corre o risco forte de perder a reserva sobre a sua privacidade, ou perde um instrumento importante de defesa dos seus direitos e interesses. Em vez de uma limitação harmónica e equilibrada das duas posições, permitindo a preservação simultânea do essencial das vantagens que elas propiciam, aquelas alterações ”forçam” o contribuinte a uma opção entre uma ou outra”⁸⁵.

No sentido de integrar a derrogação do sigilo bancário no procedimento de inspeção tributária, o Tribunal Central Administrativo Norte considerou ser possível

2012, proferido no processo n.º 00380/12.5BEBRG e de 27 de Março de 2014 proferido no processo n.º 493/13.6BEVIS.

⁸⁴ Cf. Ac. TC n.º 442/2007 de 14.08.2007 (Proc. n.º 815/07, Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro).

⁸⁵ O acesso à informação bancária proposto por este diploma, que pretendia alterar os artigos 69.º e 110.º do CPPT, seria realizado “sem prévio consentimento do contribuinte e sem prévia autorização judicial”; desde que “fundamentadamente se justifique face aos factos alegados pelo reclamante” e se apresente como uma diligência complementar manifestamente indispensável à descoberta da verdade material e desde que a informação e documentos bancários cujo acesso se pretende sejam relativos à “situação tributária objecto da reclamação”.

compreender que o levantamento do sigilo bancário nunca pode ser um fim em si mesmo, só podendo ocorrer no quadro de uma ação de fiscalização tributária, sendo, por isso, delimitado pelo objeto e pelo âmbito temporal dessa ação inspetiva⁸⁶.

Estando inserida no elenco dos tipos de procedimento tributário⁸⁷ a inspeção tributária está regulada em diploma autónomo, designadamente no Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira, o qual define o seu objeto, sujeitos, âmbito e limites, cuja tramitação é pautada por princípios próprios, tal como previstos no capítulo II desse diploma, não se limitando, por sua vez, a remeter para os princípios gerais do procedimento tributário.

O procedimento inspetivo, sendo direcionado para uma correção das injustiças fiscais, e tendo ao seu serviço uma vasta escolha de atos a adotar pela ATA, é também um procedimento que deve assegurar princípios mais rigorosos para a defesa dos direitos dos contribuintes, pelo que apenas este procedimento se compagina com a natureza de derrogação do sigilo bancário.

Veja-se que a alínea a) do n.º1 do artigo 29.º do RCPIT prevê que durante a inspeção tributária se possa examinar quaisquer elementos dos contribuintes que sejam suscetíveis de revelar a sua situação tributária, o que é depois completado com a alínea e) do n.º 2 do mesmo artigo que considera suscetível de revelar a situação tributária outra documentação interna ou externa relativa às operações económicas e financeiras efetuadas com instituições de crédito incluindo os extratos processados pelas instituições de crédito e sociedades financeiras.

Desta forma, o acesso à informação protegida pelo sigilo bancário por parte da administração tributária para fins administrativos, deverá sempre estar inserido e compagnar-se com os princípios e finalidades do procedimento de inspeção tributária.

Pelo que seguimos o entendimento do acórdão do TCA Norte já citado, de que o sigilo bancário só se traduzirá num instrumento lícito do apuramento da situação tributária do sujeito passivo quando, em concreto, se revelar necessário – no sentido de que não existe outra forma de suplantar a falta de colaboração do contribuinte-

⁸⁶ Cfr. Ac.do Tribunal Central Administrativo Norte de 27.09.2012, proferido no âmbito do processo n.º 00380/12.5BEBRG, do relator Anabela Ferreira Alves Russo.

⁸⁷ Cfr. art. 54.º da LGT

adequado – na medida em que a informação em falta possa ser obtida através desses elementos bancários – e proporcional, no sentido de uma limitação dos documentos e informações aos períodos relativamente aos quais se considera que foi verificada a falta de colaboração.

Compreendidas as razões que podem permitir a quebra do segredo bancário e considerando que o mecanismo de derrogação administrativa será sempre um subprocedimento dentro do procedimento de inspeção tributária, cumpre agora fazer expressa menção aos três principais instrumentos de que dispõe a administração tributária no que toca ao acesso a informação e documentos protegidos pelo sigilo bancário, os quais, por força do n.º 3 do artigo 63.º da LGT se dividem em “Informações relativas a operações financeiras”, “acesso a informações e documentos bancários” e “contas bancárias exclusivamente afetas à atividade empresarial”.

Nos artigos 63.º-A, 63.º-B e 63.º-C, estão previstos, quanto ao acesso a informações e documentos bancários, mecanismos de informação automática, casos de dispensa do dever de segredo bem como os verdadeiros casos de quebra ou derrogação do sigilo bancário.

Uma vez que os vários artigos integram conjuntamente aqueles três tipos de acesso à informação bancária vamos desenvolver primeiramente as informações relativas a operações financeiras, de seguida o acesso a informações e documentos bancários e, por último, o regime das contas bancárias exclusivamente afetas à atividade empresarial.

8.1 O acesso a informações relativas a operações financeiras

A Lei 30-G/2000 implementou mecanismos de informação automática, sobre determinadas operações bancárias e financeiras, que passaram a vincular as instituições de crédito e sociedades financeiras⁸⁸ à entrega de declarações oficiais de modelo aprovado por portaria do Ministro das Finanças, para comunicação das mesmas.

⁸⁸ Os conceitos de “instituições de crédito” e “sociedades financeiras” previstos na LGT aproveitam a definição que lhes é dada pelo Direito Bancário, nos termos do RGICSF, a qual tivemos já a oportunidade de desenvolver no âmbito do estudo natureza e âmbito do segredo bancário no RGICSF. A remissão para a definição destes conceitos do Direito Bancário opera por força do n.º 2 do artigo 11.º da

Esses mecanismos de informação automática estão previstos no artigo 63.º-A da LGT e, enquanto o seu objetivo primário era o conhecimento pela administração tributária da movimentação de capitais para o estrangeiro, a sua finalidade compreende também, atualmente, um controlo de fluxos de pagamentos.

Primeiramente, o artigo 63.º-A, obriga, no seu n.º1, as instituições de crédito e as sociedades financeiras a informar a administração tributária, de forma automática, sobre a abertura ou manutenção de contas por contribuintes cuja situação tributária não se encontre regularizada⁸⁹ ou que se encontrem inseridos em sectores de risco.

Esse normativo legal prevê ainda o mecanismo de informação automática sobre as transferências transfronteiras, excluindo-se desta previsão as informações referentes a pagamentos de rendimentos sujeitos a algum dos regimes de comunicação para efeitos fiscais já previstos na lei, a transações comerciais ou transferências efetuadas por entidades públicas.

Os dados relativos a essas operações são comunicados pelas instituições de crédito e sociedades financeiras nos termos da Portaria do Ministro das Finanças n.º 1066/2009 de 18 de Setembro, que implementou a declaração Modelo 38 (declaração de transferências transfronteiras), da qual devem constar todos os elementos previstos no n.º 5 do artigo 63.º-A da LGT⁹⁰.

No n.º 2 do artigo 63.º-A da LGT está prevista outra obrigação de informação, que também se realiza de forma automática pelas instituições de crédito e sociedades financeiras, respeitante às transferências e envio de fundos que tenham como destinatário entidade localizada em país, território ou região com regime de tributação privilegiada mais favorável.

LGT, segundo o qual, perante a utilização pelas normas fiscais de conceitos próprios de outro ramo do direito devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm.

⁸⁹ Em cumprimento do disposto nos n.ºs 5 e 6 do art. 64º da Lei Geral Tributária, com a redação dada pelo art. 57º da Lei nº 60-A/2005, de 30 de Dezembro (Orçamento de Estado para 2006), passou a ser divulgada a lista de contribuintes que não têm a sua situação tributária regularizada, por ter terminado o prazo de pagamento voluntário sem que tenham cumprido as suas obrigações e, no prazo e termos legais, não tenham prestado garantia ou requerido a sua dispensa.

⁹⁰ Da informação a submeter através da declaração Modelo 38 regulamentada pela Portaria do Ministro das Finanças n.º 1066/2009 de 18 de Setembro, deve constar a identificação das contas, o número de identificação fiscal dos titulares, o valor dos depósitos no ano, o saldo em 31 de Dezembro.

Os países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada, claramente mais favorável, qualificados como “paraísos fiscais”, estão elencados na Portaria do Ministério das Finanças n.º 150/2004 de 13 de Fevereiro.

Também esta informação relativa a transferências exclui os pagamentos de rendimentos sujeitos a algum dos regimes de comunicação para efeitos fiscais já previstos na lei e as operações efetuadas por pessoas coletivas de direito público, mas não prevê, por outro lado, tal como no n.º 1 do artigo 63.º-A, a exclusão das transferências respeitantes a transações comerciais.

As informações sobre as transferências e envios de fundos para os paraísos fiscais aplicam-se ainda, por força do n.º 6 do artigo 63.º-A, às sucursais (das entidades pagadoras) localizadas fora do território português bem como às entidades não residentes com as quais exista uma situação de relações especiais nos termos do n.º4 do artigo 63.º do Código do IRC.

A lei prevê que esta obrigação de comunicação, por parte das instituições bancárias, sobre as transferências ou envio de fundos efectuados, se verifique sempre que aquelas tenham ou devessem ter conhecimento que aquelas operações têm como destinatário final uma entidade localizada em paraíso fiscal.

O n.º 3 do artigo 63.º-A da LGT, prescreve o dever das instituições bancárias de, até ao final do mês de Julho de cada ano, procederem à comunicação automática do valor dos fluxos de pagamento com cartões de crédito e débito a sujeitos passivos que auferam rendimentos da categoria B de IRS e de IRC, sem identificar os respetivos titulares.

A razão de ser desta obrigação é a determinação e controlo do volume de negócios das empresas a quem são feitos esses pagamentos. LEITE DE CAMPOS entende que “com a imposição deste dever visa-se controlar a veracidade das declarações desses sujeitos e possibilitar eventuais correções das mesmas, ou apurar a matéria coletável, nos casos em que não existam declarações. Sendo feitos através de cartões de crédito ou débito grande parte dos pagamentos das empresas que transacionam bens diretamente

com o público, trata-se de uma forma potencialmente eficaz de determinar o volume de negócios dessas empresas”⁹¹.

Segundo NOEL GOMES, o facto da lei dispor que as informações prestadas pelas instituições financeiras, não deverão, por qualquer forma, identificar os titulares dos cartões de crédito e débito demonstra a preocupação e o interesse do legislador no lado ativo da relação jurídica, com os valores/pagamentos recebidos, de modo a determinar o volume de negócios do sujeito passivo de imposto.⁹² Isto porque se pretende controlar apenas a matéria coletável das entidades a quem foram efetuados os pagamentos com os cartões de crédito ou débito e não quem os efetuou.

Importa recordar que, num período anterior à entrada em vigor da LOE 2011, esta comunicação operava por meio de solicitação da AT, constituindo um verdadeiro dever de colaboração por parte das instituições financeiras. Depois de 2011, a comunicação do valor dos fluxos de pagamento com cartões de crédito e débito a sujeitos passivos que auferiram rendimentos da categoria B de IRS e de IRC, passou a ser obrigatoriamente feita de forma automática, pelas instituições de crédito e sociedades financeiras.

Esta comunicação é feita através da declaração Modelo 40 que constitui o modelo oficial aprovado pela Portaria do Ministro das Finanças n.º 34-B/2012 de 1 de Fevereiro.

Através desta comunicação automática, a realizar anualmente até ao final do mês de Julho, a administração tributária pretende tomar conhecimento do volume de negócios das empresas a quem são feitos os pagamentos por estes métodos e não dos respetivos clientes da instituição bancária ou sociedade financeira destinatária da obrigação.

O facto desta informação ter deixado de ser prestada a pedido da administração tributária e ter passado a ser uma obrigação automática, regular e generalizada, na qual se pretende aferir do volume de negócios dos trabalhadores independentes e das sociedades, parece traduzir uma listagem periódica para que a ATA possa facilmente verificar a existência de alguma das situações previstas nas alíneas do n.º1 do artigo 63.º-B da LGT, encurtando caminho para o desencadeamento de uma ação inspetiva

⁹¹ LEITE DE CAMPOS, SILVA RODRIGUES, & LOPES DE SOUSA, “Lei Geral Tributária – Comentada e Anotada, Encontro da Escrita, Lisboa, 2012, p. 561.

⁹² Cf. NOEL GOMES, Segredo Bancário e Direito Fiscal, 2006, p. 280

com acesso direto (sem necessidade de consentimento prévio do contribuinte) às restantes informações protegidas pelo sigilo bancário.

Com efeito, a ATA tem, desde logo, conhecimento do valor de pagamentos feitos a essas entidades, isto é, dos valores que deram entrada nos seus cofres, o que, sendo logo de seguida comparado com os valores declarados por essas mesmas entidades permite dar à administração tributária uma lista de contribuintes a inspecionar.

Para além deste mecanismo de informação automática, no n.º 4 do artigo 63.º-A da LGT encontra-se ainda prevista a possibilidade de, a qualquer momento, o Diretor Geral da Autoridade Tributária e aduaneira, ou o seu substituto legal, bem como o conselho diretivo do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P., solicitarem, às entidades bancárias e financeiras, informação relativa aos fluxos de pagamentos com cartões, ficando estas obrigadas à entrega desses elementos, fora do prazo legal de entrega anual.

O legislador estabelece, por último, no n.º 7 do artigo 63.º-A da LGT, a obrigação dos sujeitos passivos de IRS, na correspondente declaração de rendimentos, mencionarem a existência e procederem à identificação de contas de depósitos ou de títulos abertas em instituição financeira não residente em território português, ou em sucursal, localizada fora de Portugal, de instituição financeira residente, de que sejam titulares, beneficiários⁹³ ou que estejam autorizados a movimentar.

8.2 Acesso a informações e documentos bancários

A Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro introduziu na Lei Geral Tributária o artigo 63.º-B, no qual se compreendem diferentes modalidades de acesso aos dados bancários dos contribuintes.

O artigo 63.º-B da LGT, ao contrário do artigo 63.º-A, o qual foi já analisado, visa a obtenção de elementos cobertos pelo sigilo, de contribuintes concretamente identificados. Assim, enquanto o artigo 63.º-A regula um regime de comunicação

⁹³ De acordo com o n.º 8 do artigo 63.º-A entende-se por “beneficiário” o sujeito passivo que controle, directa ou indirectamente, e independentemente de qualquer título jurídico mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, os direitos sobre os elementos patrimoniais depositados nessas contas.

automática, regular e em massa dos dados bancários, o artigo 63.º-B tem por base um acesso casuístico, no âmbito de procedimentos individuais.⁹⁴

Por conseguinte, perante casos determinados, de contribuintes concretos, a administração tributária percorrerá os trâmites de levantamento do sigilo bancário, conforme estabelecidos no artigo 63.º-B da LGT.

Na redação originária deste preceito legal estavam previstos mecanismos de acesso a informações bancárias, condicionados, por sua vez, à obtenção de uma autorização judicial expressa, como era o caso do acesso pela administração tributária a informação bancária relativa a familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte.

Contudo, com a Lei n.º 94/2009 de 1 de Setembro, foi suprimida a única previsão normativa que contemplava a necessidade de obter a intervenção prévia de uma autoridade judiciária para a obtenção de informações bancárias.

Com esta alteração implementou-se o regime de verdadeiro acesso administrativo direto, pela administração tributária, a informações e documentos bancários, ficando, contudo ressalvadas as garantias procedimentais e processuais do contribuinte.

Atualmente, de acordo com o regime legal em vigor, podemos dividir as diferentes formas de acesso administrativo a informações bancárias entre os casos de dispensa do sigilo bancário e os verdadeiros casos de derrogação, sendo que estes últimos contemplam ainda uma divisão entre o acesso com ou sem dependência de audição prévia do contribuinte.

Vimos já que uma das exceções ao sigilo bancário, consagradas no artigo 79.º do RGICSF, é a autorização do titular do direito⁹⁵, através da qual a informação abrangida pelo sigilo bancário poderá ser revelada mediante autorização do cliente, transmitida à instituição bancária, constituindo esta autorização do cliente, não uma quebra do sigilo bancário, mas sim uma dispensa, efetivada pelo próprio titular do direito.

⁹⁴ Neste sentido, veja-se FERNANDES PIRES, BULCÃO, RAMOS VIDAL, & MENEZES, “Lei Geral Tributária Anotada e Comentada”, 2015, pp.676.

⁹⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 79.º do RGICSF.

A par da previsão de dispensa do segredo bancário na relação entre a instituição bancária e o seu cliente, também a LGT contempla a hipótese de, no âmbito do procedimento tributário, o contribuinte autorizar a consulta dos elementos bancários, permitindo assim um acesso direto e desimpedido da administração tributária.

Antes de analisarmos os casos de quebra do segredo cumpre fazer notar que o contribuinte pode, através da vontade de colaboração com a Autoridade Tributária e Aduaneira, dar a sua autorização ou consentimento no que toca ao acesso a elementos bancários protegidos pelo sigilo⁹⁶.

Este acesso mediante autorização dos contribuintes está previsto n.º 2 do artigo 63.º-B da LGT relativamente aos familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte, constituindo a não autorização para consulta a abertura do caminho para um acesso direto pela ATA.

Por outro lado, relativamente ao contribuinte visado pelo procedimento de inspeção tributária, embora não esteja expressamente prevista a possibilidade de autorização para a consulta dos elementos protegidos pelo sigilo bancário, esse poder-dever sempre se verificará ao abrigo do princípio da colaboração, ao qual aquele está vinculado, por força dos artigos 59.º da LGT, 48.º do CPPT e 9.º do RCPIT.⁹⁷

Note-se que o contribuinte que autoriza a administração tributária a aceder às informações protegidas continua a ter asseguradas as suas garantias procedimentais e processuais devendo a administração tributária pautar a sua atuação pelo rigoroso cumprimento das regras e princípios do procedimento tributário.

Fora do âmbito destes limitados casos de dispensa do segredo bancário estão os casos de derrogação ou quebra do segredo.

Ao contrário dos mecanismos de dispensa, a derrogação do sigilo bancário pressupõe uma quebra do segredo, sem qualquer consentimento prévio, expresso ou

⁹⁶ Sobre a distinção entre dispensa e quebra do sigilo bancário, ALVES, Telmo José Macedo, “*O sigilo bancário – uma perspectiva constitucional em matéria tributária*”, 2003, pp. 38-39.

⁹⁷ A autorização para consulta dos documentos e informações bancárias perdeu, por sua vez, grande parte do seu efeito prático em consequência do alargamento das situações em que é possível o acesso direto pela AT, nomeadamente as previstas, no n.º1 do artigo 63.º-B da LGT, uma vez que a administração tributária não precisa de ouvir o contribuinte (nem este precisa de recusar ou aceitar) quando pretende ter acesso a esses elementos.

tácito, do titular do direito e mesmo contra essa vontade, fundamentada por razões de interesse público que devem prevalecer sobre o sigilo bancário.⁹⁸

A derrogação ou quebra do sigilo bancário traduz-se atualmente num instrumento ao serviço do sistema fiscal na prossecução eficaz dos seus fins. A fuga aos impostos por parte de alguns contribuintes prejudica todos, na medida em que o Estado, a fim de compensar a perda de receita dos tributos que deviam ser pagos, se vê frequentemente obrigado a sobrecarregar a imposição dos contribuintes cumpridores⁹⁹.

Através de todas as medidas legislativas de reforço do levantamento do sigilo bancário, o artigo 63.º-B da LGT aboliu, por completo, a necessidade de autorização judicial, passando a prever uma realidade em que o segredo bancário será posto em causa, através de simples decisão administrativa da Autoridade Tributária e Aduaneira.

Assim, desde a data da entrada em vigor da Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro, temos vindo a assistir a diversos alargamentos do elenco de situações em que a administração tributária e aduaneira pode aceder diretamente sem a necessidade de consentimento ou audição prévia do contribuinte.

Contudo, subsistem ainda casos residuais em que é necessária a audição prévia do sujeito antes de se proceder ao acesso à informação protegida pelo segredo, como é o caso de acesso a informação bancária de familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte.

Posto isto, importa verificar e analisar os diversos casos e procedimentos de acesso administrativo às informações e documentos bancários dos contribuintes.

8.2.1 Acesso direto sem dependência do consentimento do contribuinte

Temos vindo a assistir a uma extensão do leque de circunstâncias que permitem a derrogação pela administração tributária do sigilo bancário, de forma direta e sem dependência do consentimento do titular do direito.

⁹⁸ Cfr. ALVES, Telmo José Macedo, “O sigilo bancário – uma perspectiva constitucional em matéria tributária”, 2003, pp. 38-39

⁹⁹ Neste sentido, AZEVEDO, Maria Eduarda, “O segredo bancário e a fiscalidade: a perspectiva portuguesa”, p. 15

Esse poder de acesso direto pela administração tributária a informações e documentos bancários do contribuinte está contemplado nas situações previstas no n.º1 do artigo 63.º-B da LGT, designadamente:

- a) *Quando existam indícios da prática de crime em matéria tributária*¹⁰⁰;
- b) *Quando se verifiquem indícios da falta de veracidade do declarado ou esteja em falta declaração legalmente exigível*¹⁰¹;
- c) *Quando se verifiquem indícios da existência de acréscimos de património não justificados, nos termos da alínea f) do n.º1 do artigo 87.º;*
- d) *Quando se trate da verificação de conformidade de documentos de suporte de registos contabilísticos dos sujeitos passivos de IRS e IRC que se encontrem sujeitos a contabilidade organizada ou dos sujeitos passivos de IVA que tenham optado pelo regime de IVA de caixa;*
- e) *Quando exista a necessidade de controlar os pressupostos de regimes fiscais privilegiados de que o contribuinte usufrua;*¹⁰²
- f) *Quando se verifique a impossibilidade de comprovação e quantificação direta e exata da matéria tributável, nos termos do artigo 88.º e, em geral, quando estejam verificados os pressupostos para o recurso a uma avaliação indireta;*
- g) *Quando se verifique a existência comprovada de dívidas à administração fiscal ou à segurança social;*
- h) *Quando se trate de informações solicitadas nos termos de acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal a que o Estado português esteja vinculado.*

¹⁰⁰ A redação originária do artigo 63.º-B da LGT pressupunha a prática de crime doloso e concretizava o preceito através da identificação de duas situações em particular, designadamente: “casos de utilização de faturas falsas e, em geral, nas situações em existam factos concretamente identificados gravemente indiciadores da falta de veracidade do declarado”.

¹⁰¹ A falta de veracidade do declarado deixou de estar subjacente à previsão da prática de crime, passando a estar prevista autonomamente de forma a abranger casos em que não se verifiquem indícios da prática de crime.

¹⁰² O acesso direto nos termos da alínea e) limita-se ao acesso pela AT para controlo da manutenção dos pressupostos dos benefícios fiscais e dos regimes fiscais privilegiados que o contribuinte usufrua, mas nunca para, em sede de controlo prévio, verificar se o contribuinte preenche os requisitos que lhe permitam beneficiar daquelas medidas. Neste sentido, NOEL GOMES, ob. cit., p. 292.

A administração tributária só estará legitimada a aceder diretamente às informações e documentos bancários quando se verifique alguma das situações taxativamente previstas, às quais o legislador confere maior gravidade no que respeita ao risco de evasão fiscal.

Apenas verificada alguma das circunstâncias elencadas no n.º1 do artigo 63.º-B da LGT se poderá aceder diretamente às informações bancárias sigilosas sem qualquer necessidade de cooperação por parte do contribuinte. Contudo, a derrogação do sigilo bancário de forma direta não se bastará com a mera indicação da alínea que se considere aplicável no caso em concreto, devendo, essa decisão de acesso aos elementos protegidos ser acompanhada de uma fundamentação tão forte quanto necessária à demonstração da existência do facto que está na base da derrogação do segredo, não podendo a administração tributária lançar mão destes mecanismos sempre que se verifique uma falta de colaboração por parte do contribuinte¹⁰³.

O acesso direto à informação pela administração tributária, nestas situações contadas, caracteriza-se, pois, pela desnecessidade de se proceder à audição prévia do contribuinte, sendo este apenas notificado da decisão administrativa de derrogação.

A intervenção do contribuinte no procedimento de derrogação do sigilo bancário foi, ao longo das várias intervenções legislativas, desaparecendo, passando a dar lugar a uma “decisão surpresa” de derrogação do sigilo bancário, por parte da administração tributária.

Na redação inicial do artigo 63.º-B, aditado à LGT pela Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro estava previsto um acesso direto aos documentos bancários apenas nas situações em que o contribuinte recusasse a sua exibição ou autorizasse a sua

¹⁰³ O Ac. do TCA Norte de 14.12.2006, pronunciou-se no sentido de que “*A falta de apresentação dos extractos bancários das contas onde foram creditados os empréstimos, a não entrega das cópias das transferências bancárias e a não autorização para o acesso da AT à informação bancária dos contribuintes, não são indiciadores da falta de veracidade do montante declarado na escritura de compra e venda, e muito menos se traduzem na existência de indícios da prática de crime fiscal.*”, (proc. 01302/06.8BEVIS, Relator Moisés Rodrigues). Este Acórdão remete ainda para a leitura do Ac. do STA, de 13.09.2006, quando afirma que “*a falta de colaboração do reclamante e a existência de dois empréstimos, contraídos no mesmo dia e sobre o mesmo imóvel, não constituem, por si só, indícios de crime fiscal.*” (proc. n.º 0866/06, Relator Lúcio Barbosa).

consulta, o que pressupunha sempre uma resposta, afirmativa ou negativa, por parte do contribuinte.

Posteriormente, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 320-A/2002 de 30 de Dezembro passaram a estar previstos dois casos de acesso direto sem dependência do consentimento do titular dos elementos protegidos¹⁰⁴ e passou a prever-se a necessidade de audição prévia nos restantes mecanismos de acesso.

Todavia, embora exista um acesso direto, nas circunstâncias especialmente previstas nas alíneas do n.º 1 do artigo 63.º-B da LGT, esse acesso não será ilimitado, devendo, por sua vez, a administração tributária limitar-se aos dados estritamente necessários para a obtenção do fim em vista, e circunscrever-se, somente, aos elementos com relevância patrimonial e que sejam respeitantes ao período tributário em análise.

A derrogação do segredo bancário está intimamente associada à avaliação direta da matéria coletável. Assim, as alíneas c) e f) do n.º 1 referem-se à possibilidade de acesso da administração tributária a documentos e informações bancárias sempre que se verifiquem os pressupostos de recurso à avaliação indireta da matéria coletável.

Atento o carácter subsidiário da avaliação indireta, previsto no n.º 1 do artigo 85.º da LGT, a derrogação do sigilo bancário aparece como uma antecâmara da decisão de avaliação da matéria tributável com base em presunções, por forma a que a administração tributária possa esgotar todos os meios que lhe permitam o apuramento da verdade material no caso concreto¹⁰⁵.

Atentemos agora na alínea g) do n.º 1 do artigo 63.º-B da LGT, aditada pela Lei n.º 55-A/2010 de 31 de Dezembro, a qual prevê a possibilidade de acesso direto aos

¹⁰⁴ O acesso directo sem necessidade de consentimento do contribuinte estava previsto para as seguintes situações: “quando existam indícios da prática de crime em matéria tributária” e “quando existam factos concretamente identificados indiciadores da falta de veracidade do declarado”.

¹⁰⁵ Neste sentido, NOEL GOMES, ob. cit., p. 295. O autor perfilha o entendimento de que “só depois de exauridas todas as vias de que dispõe a administração tributária, designadamente solicitando a colaboração de terceiros, incluindo as entidades financeiras, e revelando-se estas inconsequentes ou insuficientes, é que a realização da avaliação indirecta de afigura legítima”.

elementos protegidos pelo segredo bancário, “quando se verifique a existência comprovada de dívidas à administração fiscal ou à segurança social”.

Embora não se perceba, de forma clara, a intenção do legislador relativamente a este aditamento, somos a crer que a previsão da possibilidade de acesso direto pela administração tributária às informações bancárias perante a existência de dívidas à administração fiscal ou à SS, confere a estas entidades uma larga margem de discricionariedade que poderá ser mal interpretada e fará com que as mesmas lancem mão, sem ponderações ou restrições, do acesso direto para obtenção de informações bancárias.

Referimos, a certa altura, que o procedimento de derrogação do segredo bancário, deverá consistir num subprocedimento do procedimento de inspeção tributária. Ora, a redação da alínea g) do n.º 1 do artigo 63.º-B da LGT direciona-nos e leva-nos a crer que o legislador intencionou relacionar o levantamento do segredo bancário com o processo de execução fiscal.

A derrogação do segredo bancário prende-se, como já tivemos a oportunidade de observar, com a descoberta da verdade material e com o combate à fraude e evasão fiscais, e surge num momento em que é necessário verificar se é verdadeira a situação fiscal declarada pelo contribuinte.

Por outro lado, quando existem dívidas comprovadas ao fisco ou à SS, apenas resta percorrer o caminho destinado à cobrança coerciva das mesmas no âmbito do processo de execução fiscal e, a única informação que se afigura relevante, para que a administração tributária ou a SS possa prosseguir esse objetivo, será sobre a identificação das contas bancárias e respetivos saldos. Ora, o mecanismo de acesso a esta informação encontra-se previsto no n.º 4 do artigo 214.º do CPPT, segundo o qual “para efeitos de arresto ou penhora dos bens do contribuinte, pode ser requerida às instituições bancárias informação acerca do número das suas contas e respetivos saldos.”.

Razão pela qual se entende que é, desproporcional e despropositado o aditamento da alínea g) do n.º 1 do artigo 63.º-B da LGT.

A derrogação do segredo bancário não deverá ser utilizada para aferir, em abstrato, da situação fiscal geral do contribuinte, mas tão só para comprovar a veracidade do declarado, devendo, os casos de acesso direto, sem necessidade de audição do contribuinte, traduzir circunstâncias que, pela sua gravidade, apenas assumam carácter residual.

Em suma, embora o mecanismo de acesso directo sem necessidade de autorização por parte do contribuinte esteja previsto para casos mais graves de falta de cooperação do contribuinte, ainda assim, este procedimento é o mais lesivo dos direitos do contribuinte.

8.2.2 Acesso dependente de audição prévia obrigatória

Por outro lado, existem situações em que o acesso aos documentos e informações bancários pela administração tributária está dependente da audição prévia do visado.

Referimo-nos aos casos do n.º2 do artigo 63.º- B, nos quais a administração tributária tem o poder de aceder diretamente aos documentos bancários nas situações de recusa da sua exibição ou de autorização para a sua consulta, quando se trate de familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte.

O legislador fiscal limitou-se então a prever o direito de participação na formação da decisão, através do exercício do direito de audição prévia, somente quanto ao acesso a elementos bancários de familiares ou terceiros.

Esta norma levanta alguns problemas relativamente à interpretação dos conceitos de “familiares” e “terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte”.

No que respeita ao conceito jurídico de “relações especiais” entendemos aplicar-se o disposto no artigo 63.º n.º 4 do CIRC que estabelece o significado de “relações especiais” para efeitos da disciplina legal de preços de transferência^{106 107}.

Com efeito, considera-se que existem relações especiais entre duas entidades, por aplicação do disposto no artigo 63.º n.º 4 do CIRC, com as necessárias adaptações, nas situações em que uma tem o poder de exercer, direta ou indiretamente uma influência significativa nas decisões da gestão da outra.

Já o conceito de “familiares” não tem, na lei, uma densificação que permita restringir o leque de situações às quais poderá ser aplicado o regime do n.º2 do artigo 63.º-B da LGT¹⁰⁸.

Aparentemente, o n.º 7 do artigo 63.º- B, afasta do conceito de terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte, as entidades em relação de domínio com aquele. Essa norma estabelece que “as entidades que se encontrem numa relação de domínio com o contribuinte ficam sujeitas aos regimes de acesso à informação bancária referidos nos números 1, 2 e 3”. Contudo, esta norma padece de uma remissão deficiente, uma vez que, ao manter-se inalterada desde o regime anterior de derrogação do segredo bancário, continua a remeter para o anterior regime, radicalmente diferente.

No entendimento de PATRÍCIO PAÚL, “a lei pretende estabelecer que as entidades em relação de domínio não são equiparadas a terceiros para efeitos de acesso à informação bancária que lhes diz respeito, pois têm o mesmo regime que,

¹⁰⁶ A alínea b) do artigo 2º da LGT prevê a remissão para a legislação complementar contida nos “demais códigos e leis tributárias”.

¹⁰⁷ Neste sentido veja-se ainda o Ac. do TCA Sul de 06.11.2012, proferido no âmbito processo n.º 06028/12, o qual se pronunciou no sentido de que “os sócios e/ou administradores duma empresa que está a ser alvo de uma inspecção não podem deixar de considerar-se, para este efeito, terceiros que se encontram numa relação especial com aquela.”

¹⁰⁸ Segundo NOEL GOMES, a Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2002, no n.º2 do artigo 50.º, autorizava o Governo a precisar o conceito de “relações especiais” e, por outro lado a limitar o termo “familiares” às “pessoas que vivam em economia doméstica com o sujeito passivo, ao cônjuge, ascendentes e descendentes em 1º grau do sujeito passivo, ao que viva com ele em união de facto e aos tutores e curadores”, não tendo porém o Governo lançado mão desta autorização legislativa.

no caso concreto, for aplicável ao contribuinte com quem as mesmas estão em relação”¹⁰⁹.

Note-se que, ao densificarmos o conceito de “terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte”, através de uma remissão para o conceito de entidades relacionadas nos termos do 63.º n.º 4 do CIRC estamos também a abranger, de acordo com a alínea f) desse artigo “as entidades que se encontrem numa relação de domínio” razão pela qual cumpre atualizar a redação do n.º 7 do artigo 63.º -B por forma a determinar-se com clareza qual o regime aplicável.

Apesar da lei não desenvolver o conceito de relação de domínio utilizado entendemos que o mesmo nos remete para o regime das sociedades em relação de domínio previsto no artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais.

8.2.3 As informações solicitadas nos termos de acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal

A Lei n.º 82-B/2014 de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2015 foi ainda mais longe, passando a determinar a existência de situações em que o contribuinte não é sequer notificado da decisão de derrogação do sigilo bancário proferida nos termos do n.º4 do artigo 63.º-B, nem há lugar a audição prévia do familiar ou terceiro, designadamente quando se trate de informações solicitadas nos termos de acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal a que o estado português esteja vinculado.

Assim, de acordo com o n.º13 do artigo 63.º-B da LGT, no caso de informações bancárias solicitadas nos termos de acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal a que o Estado português esteja vinculado, cujo pedido tenha carácter de urgência e for previsível que a audição prévia ou a notificação possa prejudicar as investigações em curso no Estado ou jurisdição requerente não haverá lugar à notificação ou à realização de audição prévia, contanto que esse Estado ou jurisdição assim o tenha solicitado.

¹⁰⁹ PAÚL J. P., "O regime de acesso da administração fiscal às informações e documentos bancários, 2006, p. 487.

Esta restrição dos direitos dos contribuintes, familiares ou terceiros, deve-se não só à gravidade das situações e condutas aqui em causa mas resultam também da reciprocidade inerente à cooperação internacional em matéria fiscal.

Assim, para que não haja lugar a notificação do interessado nem a audição prévia dos familiares ou terceiros teremos que estar perante exigências cautelares preponderantes, o que acontecerá quando se encontrarem preenchidos os pressupostos da alínea h) do n.º 1 e do n.º 13 do artigo 63.º-B da LGT.

8.3 Contas bancárias exclusivamente afetas à atividade empresarial

O n.º1 do artigo 63.º-C obriga os sujeitos passivos de IRC e os sujeitos passivos de IRS que disponham ou devam dispor de contabilidade organizada¹¹⁰, a possuir, pelo menos, uma conta bancária através da qual devem ser, exclusivamente, movimentados os pagamentos e recebimentos respeitantes à atividade empresarial desenvolvida.

A obrigação das empresas movimentarem os seus fluxos financeiros através de contas bancárias é um instrumento importante de prevenção e combate da economia paralela¹¹¹.

Em consequência do estipulado nestas normas surge ainda a obrigatoriedade dessas contas bancárias se referirem exclusivamente aos movimentos financeiros das empresas, por forma a facilitar a atividade inspetiva.

A omissão de vendas das empresas é acompanhada, frequentemente, de mecanismos de dissimulação dos movimentos financeiros correspondentes. Muitas vezes, os meios

¹¹⁰ Os sujeitos desta obrigação são os titulares de rendimentos da categoria B de IRS que não estejam abrangidos pelo regime simplificado de tributação, de acordo com o artigo 117.º do CIRS, bem como às sociedades comerciais ou civis sob a forma comercial, as cooperativas, as empresas públicas e as demais entidades que exerçam, a título principal, uma actividade comercial, industrial ou agrícola com sede ou direcção efectiva em território português, bem como as entidades que, embora não tenham sede nem direcção efectiva naquele território, aí possuam estabelecimento estável(artigo 123.º do CIRC).

¹¹¹ FERNANDES PIRES, BULCÃO, RAMOS VIDAL, & MENEZES, Lei Geral Tributária Comentada e Anotada, 2015.

financeiros respeitantes às vendas omitidas entram nas contas das empresas como empréstimos ou suprimentos dos sócios¹¹².

Com efeito, nos termos do artigo 63.º - C da LGT, a administração pode aceder diretamente, sem a necessidade de consentimento ou audição prévia do sujeito passivo, à informação relativa às contas bancárias exclusivamente afetas à atividade empresarial, nos mesmos termos e circunstâncias previstos no artigo 63.º-B.

Assim, com a remissão operada pelos números 4 e 5 do artigo 63.º-C o acesso da administração tributária à documentação e movimentos destas contas bancárias depende também dos pressupostos previstos no artigo 63.º-B, bem como da verificação dos respetivos trâmites procedimentais.

A violação da obrigação de possuir e movimentar contas bancárias constitui ilícito contraordenacional e encontra-se tipificada no artigo 129.º do RGIT. Esta previsão normativa pretende dissuadir a falta de conta bancária ou a falta de realização de movimentos pela conta bancária nas situações legalmente previstas ou, ainda a realização de pagamentos através de meios diferentes dos legalmente previstos.

9. O ato administrativo de derrogação e as garantias do titular do direito de segredo

9.1 O ato administrativo de derrogação

Para aferirmos das garantias de que dispõe o contribuinte no que respeita ao procedimento de derrogação do sigilo bancário bem como à decisão que determina essa derrogação cumpre primeiramente averiguar a natureza jurídica da decisão administrativa que autoriza o levantamento do segredo.

Podemos, desde logo, excluir o ato que decide o levantamento do segredo bancário do conceito de ato tributário em sentido estrito, uma vez que este conceito está reservado para os atos de liquidação administrativa dos impostos.

¹¹² Note-se que, nos termos do n.º 2 do artigo 63.º - C os movimentos relativos a suprimentos ou outras formas de empréstimos e adiantamentos de sócios, bem como quaisquer outros movimentos de ou a favor dos sujeitos passivos deverão ser efetuados através das contas exclusivamente destinadas à atividade empresarial desenvolvida, cuja existência é imposta pelo n.º 1 daquele artigo.

O ato administrativo de derrogação é, pois, um verdadeiro ato administrativo em matéria tributária¹¹³, isto é, para além de ser um ato administrativo tal como definido pelo artigo 120.º do CPA, o ato que ordena o levantamento do segredo traduz um ato da administração tributária através do qual esta “procede à definição da situação tributária dos particulares em questões de onde não resultam, de forma direta e imediata, prestações de natureza pecuniária”^{114 115}.

Estes atos, embora não se apresentem como imediatamente lesivos do património do contribuinte uma vez que não se traduzem na quantificação da obrigação tributária, ao permitirem o acesso a dados e informações relativos à vida privada do contribuinte, são imediatamente lesivos de direitos ou interesses legalmente protegidos reconhecidos nas leis tributárias¹¹⁶.

A qualificação destas decisões como atos administrativos em matéria tributária repercute-se nas garantias ao dispor do contribuinte, isto é, nos meios ou instrumentos criados pela ordem jurídica com o objetivo ou finalidade de evitar ou sancionar a violação dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

Quanto às garantias procedimentais terão, desde logo, de ser respeitadas determinadas formalidades legais que, no essencial, visam tutelar a posição dos destinatários daquelas decisões.

No que respeita às garantias contenciosas ao dispor do contribuinte, o facto de estarmos perante um ato administrativo em matéria tributária determinará também os específicos meios de reação de natureza judicial a desencadear pelo destinatário da decisão de levantamento do sigilo bancário.

¹¹³ Cf. CASALTA NABAIS, “Direito Fiscal”, pp. 388 e NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, cit. pp. 302.

¹¹⁴ Neste sentido de qualificação do acto de levantamento do segredo bancário como acto administrativo em matéria tributária veja-se CASALTA NABAIS, “Direito Fiscal”, pp. 388; LOPES DE SOUSA, “Código de Procedimento e Processo Tributário”, cit. pp. 124, NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, cit. pp. 303.

¹¹⁵ No entendimento de NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, cit. p 303, esta natureza não é exclusiva das decisões proferidas no uso dos poderes conferidos pelo artigo 63.º-B da LGT, sendo também extensível às decisões formuladas pela administração tributária no uso dos poderes conferidos pelos n.º 2 e 3 do artigo 63.º-A do mesmo diploma, não sendo as mesmas objecto de tratamento diferencial uma vez que a lei denomina essas decisões “pedidos de informação”.

¹¹⁶ Neste sentido decidiu o STA no seu Ac. de 17 de Dezembro de 1997, proferido no âmbito do processo n.º 21718.

Ora, perante atos administrativos em matéria tributária, o processo a seguir na impugnação desses atos, sempre que na lei não esteja prevista outra forma de reação, é o processo administrativo, tal como regulado no CPTA, mais concretamente, o processo de ação administrativa especial de impugnação, nos termos dos artigos 50.º e seguintes do CPTA, em virtude da remissão operada pelo artigo 97.º n.º 2 do CPPT¹¹⁷.

Contudo, apenas haverá lugar a esse meio impugnatório, sempre que as leis fiscais não estabeleçam o respetivo processo, o que acontece, por sua vez, nos casos dos artigos 146.º-A a 146.º-D do CPPT, que regulam, precisamente, o processo de impugnação da decisão de derrogação do sigilo bancário.

9.2 Garantias procedimentais

É notório o desvanecimento do sigilo bancário, perante as atuais prerrogativas da administração tributária no que toca ao acesso direto a informações e documentos bancários dos contribuintes.

Porém, as alterações legislativas não deixaram de se preocupar com as formas de assegurar o controlo do exercício dos poderes conferidos à administração tributária bem como com os meios de proteção da privacidade do contribuinte.

Por conseguinte, a efetivação das decisões de quebra do sigilo bancário estão sujeitas à verificação de determinadas garantias procedimentais e processuais que a lei coloca ao dispor do contribuinte.

Em primeiro lugar, a decisão administrativa tributária que autoriza o acesso à informação e documentos bancários, tal como qualquer ato administrativo, tem a sua validade condicionada à observância de requisitos específicos de natureza procedimental. Contudo, existirão requisitos específicos do procedimento, uma vez que se trata de uma decisão administrativa emitida num procedimento tributário especial.

Da leitura conjugada das disposições normativas da LGT que regulam a dispensa e a quebra do sigilo bancário é possível verificar que as garantias procedimentais

¹¹⁷ Cfr. CASALTA NABAIS, “Direito Fiscal”, cit. pp. 389

consagradas são o princípio da subsidiariedade, competência, notificação, a audição prévia e a fundamentação.

Contudo, como ficou anteriormente demonstrado, em sede própria, existem diferentes formas de acesso à informação bancária dos contribuintes, pelo que não se poderá fazer uma aplicação universal dessas garantias a todos os tipos de procedimento de obtenção de dados bancários, uma vez que o caminho a percorrer num mecanismo de informação automática, tal como previsto no artigo 63.º -A da LGT, será diferente de um procedimento com vista à quebra do segredo bancário, alheio à vontade do contribuinte.

Com efeito, antes de avançarmos para uma análise detalhada das garantias procedimentais associadas ao procedimento de derrogação do sigilo bancário previsto no artigo 63.º-B da LGT cumpre realizar uma análise prévia das garantias que a lei prevê para os casos de obtenção de informações relativas a operações financeiras ao abrigo do artigo 63.º-A da LGT.

Ora, o acesso a informações bancárias nos termos do artigo 63.º-A da LGT é realizado, sobretudo, através de mecanismos automáticos, os quais não pressupõem um procedimento prévio tendente à obtenção dessa informação, pelo que, cabe às próprias instituições de crédito e sociedades financeiras fazerem chegar essas informações à administração fiscal, com a periodicidade estabelecida na lei.

A única previsão normativa de garantias procedimentais do artigo 63.º-A está, atualmente, plasmada no n.º 4, e refere-se à competência do diretor-geral da Autoridade Tributária e Aduaneira ou do seu substituto legal bem como do conselho diretivo do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P., para, a qualquer momento, e de forma casuística, solicitarem às instituições de crédito e sociedades financeiras, informações respeitantes aos fluxos de pagamentos com cartões de crédito e de débito efetuados por seu intermédio a determinados sujeitos passivos individualmente identificados nesse mesmo pedido de informação.

O artigo 63.º-A limita-se então a estabelecer um requisito de competência do órgão que poderá, a qualquer momento, solicitar às instituições de crédito ou sociedades financeiras, informações sobre os fluxos de pagamentos com cartões, efetuados por seu intermédio a sujeitos passivos que auferiram rendimentos da categoria B de IRS e de IRC.

No entendimento de NOEL GOMES, o facto do legislador ter apenas previsto de forma expressa o requisito procedimental da competência, não traduz a existência de uma lacuna legal, que obrigue à realização de qualquer interpretação analógica, porém, o silêncio do legislador em torno das garantias, quer procedimentais, quer processuais, deverá ser visto como algo propositado, mas que, de modo algum pode ser interpretado com a intenção de esvaziar as garantias dos contribuintes. Por forma a complementar esta informação o autor afirma ainda que, pelo facto de se tratar de um ato administrativo em matéria tributária, assumida pelos pedidos de informação, a administração tributária está vinculada à obediência de determinadas garantias procedimentais condensadas no CPA, nomeadamente, no que respeita à fundamentação da decisão e de notificação aos seus destinatários¹¹⁸.

Por sua vez, o artigo 63.º-B da LGT, que prevê o acesso da administração tributária a informações e documentos bancários do contribuinte, regula, de forma mais densa, o procedimento tendente à obtenção dessas informações, necessárias ao apuramento da verdade material da situação fiscal do contribuinte, conferindo-lhe um leque de garantias tanto mais amplo quanto mais lesiva for a quebra do sigilo bancário.

Não obstante os artigos da LGT anteriormente mencionados não o referirem expressamente, a derrogação do sigilo bancário deverá efetuar-se ainda de acordo com um juízo de ponderação à luz de critérios de proporcionalidade, adequação e necessidade¹¹⁹.

Vejamos então quais as regras procedimentais que devem pautar a conduta da administração no âmbito do procedimento de levantamento do sigilo bancário.

9.2.1 Princípio da subsidiariedade

Anteriormente à redação introduzida pela Lei 94/2009 de 1 de Setembro o artigo 63.º-B n.º 2 e 3 da LGT acolhia no nosso ordenamento jurídico o princípio da

¹¹⁸ Cfr. NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, cit. pp., 306.

¹¹⁹ A este respeito veja-se o Ac. TCA Norte, de 15-02-2013, onde se dispõe que “*o levantamento do sigilo bancário não se pode apresentar como um fim em si mesmo, mas como um meio para alcançar os fins visados pela inspeção em que se insere*” e que existe, por isso mesmo, a “necessidade de submeter a derrogação do sigilo bancário a critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação” (Proc. n.º 00145/12.4BEMDL, relator Catarina Almeida e Sousa)

subsidiariedade, segundo o qual a administração tributária só poderia obter as informações bancárias protegidas depois de, ao abrigo do n.º 4 do artigo 59.º da LGT, ter sido solicitada a colaboração do contribuinte e de este, na sequência desse pedido, ter recusado a exibição ou a autorização para a consulta dos elementos solicitados.

Contudo, com o alargamento dos casos de acesso direto às informações e documentos bancários dos contribuintes, este princípio passou a ter aplicação e efeitos práticos somente no diz respeito à derrogação do sigilo bancário quando se trate de familiares ou terceiros numa relação especial com o contribuinte, encontrando-se dessa forma consagrada a subsidiariedade no n.º 2 do artigo 63.º-B da LGT.

Primeiramente, cumpre mencionar que essa colaboração solicitada ao familiar ou terceiro não se confunde com a participação dos mesmos em sede de audição prévia, integrando-se essas duas intervenções dos sujeitos em diferentes fases do procedimento tributário.

Segundo NOEL GOMES, a colaboração ínsita no princípio da subsidiariedade situa-se numa fase embrionária do procedimento, anterior e pressuposto prévio da formação do projeto de decisão, enquanto que o exercício do direito de audição prévia, por sua vez, tem lugar numa fase procedimental mais adiantada, isto é, depois da administração tributária ter solicitado, sem sucesso a colaboração do contribuinte¹²⁰, precisamente, logo depois de existir já um projeto de decisão administrativa de derrogação do sigilo bancário, mas sempre antes de se converter em definitivo.

Com efeito, haverá em primeiro lugar, uma fase em que é dado ao familiar ou terceiro a possibilidade de autorizar ou recusar¹²¹, no prazo geral de 10 dias¹²², a exibição dos documentos bancários solicitados e, posteriormente ser-lhe-á ainda notificado o projeto de decisão administrativa de derrogação do sigilo bancário para que o mesmo se pronuncie em sede de audição prévia, nos termos do artigo 60.º da LGT.

¹²⁰ Leia-se familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte.

¹²¹ Quanto ao significado da expressão “recusa” veja-se NOEL GOMES, ob. cit., p. 309, o qual entende que “a expressão legal de “recusa” reportando-se à exibição e/ou autorização para consulta de documentação bancária, deve ser interpretada de modo mais amplo, abrangendo não somente as situações em que o contribuinte recusa expressamente colaborar com a administração tributária, mas também naqueles outros casos em que, decorrido o prazo que lhe foi fixado, o contribuinte nada tenha dito, tendo-se remetido ao silêncio”.

¹²² Neste sentido NOEL GOMES, ob. cit., pág. 310 e, no mesmo sentido, LEITE DE CAMPOS, LOPES DE SOUSA e SILVA RODRIGUES, “Lei Geral Tributária Comentada e Anotada pp. 264.

Em suma, antes de poder existir o acesso direto pela administração tributária aos documentos bancários do familiar ou terceiro, terá que existir um pedido prévio de colaboração, nos termos do qual ele autorize ou recuse a exibição desses mesmos documentos, momento a partir do qual a administração tributária irá avançar com a elaboração do projeto de decisão de derrogação do sigilo bancário.

9.2.2 A competência

O n.º 4 do artigo 63.º-B da LGT atribui a competência para tomar a decisão de acesso a elementos cobertos pelo sigilo ao diretor - geral da Autoridade Tributária e Aduaneira ou aos seus substitutos legais, sem possibilidade de delegação.

NOEL GOMES, alerta para o facto da competência decisória, que cabe a um órgão especialmente qualificado, não poder ser confundida com a competência para recolher, processar e guardar a documentação bancárias no âmbito do procedimento tributário de derrogação do segredo bancário¹²³. Segundo o referido autor, o quadro legal de derrogação do segredo bancário não identifica quem ou que requisitos são necessários preencher para poder aceder às ditas informações bancárias, limitando-se a atribuir genericamente essa competência à “administração tributária” (artigo 63.º -B da LGT) ou a “outros órgãos competentes” da inspeção tributária (artigo 63.º da LGT).

Ainda que se reconheça essa insuficiência de regulamentação NOEL GOMES entende ainda que a mesma poderá ser suprida por via da prometida regulamentação relativa às “regras especiais de informação a observar pelos serviços da administração tributária no âmbito do processo de derrogação do dever de sigilo bancário”, a que se refere o artigo 64.º -A da LGT.

9.2.3 A notificação

O legislador determina no n.º 4 do artigo 63.º-B o dever de notificação da decisão de derrogação do sigilo bancário aos interessados no prazo de 30 dias a contar da sua emissão pelo órgão competente.

¹²³ NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, cit. pp. 311.

A notificação, enquanto meio de tutela dos interesses legalmente protegidos do titular das informações bancárias sigilosas, tem em vista abrir a possibilidade do contribuinte suscitar o controlo judicial da legalidade da decisão de derrogação.

Note-se que, no âmbito do procedimento de derrogação do sigilo bancário existem duas espécies de notificação obrigatórias, nomeadamente, a notificação do projeto de decisão aos familiares e terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte, a eles dirigida para o efeito de assegurar o exercício do direito de audição prévia, e a notificação da decisão final de acesso aos elementos protegidos. Esta distinção encontra-se evidenciada na alínea b) do n.º 7 do artigo 63.º da LGT, quando se refere que a notificação das instituições de crédito deverá ser instruída com a cópia dessas duas notificações.

Essa distinção é marcada também pelo próprio artigo 63.º-B da LGT, designadamente, enquanto que o n.º 4 se refere á notificação da decisão final do procedimento, que deverá ser efetuada no prazo de 30 dias após a sua emissão, por sua vez, o n.º 5, quando fala na necessidade audição prévia dos familiares ou terceiros parece ter implícita a notificação do projeto de decisão através do qual se confere prazo para o exercício desse direito de audição prévia.

Existe, de certa forma uma imperfeição na formulação legislativa, pois o n.º 4 do artigo 63.º-B prevê o regime da notificação final da decisão da derrogação, enquanto regime regra, ressalvando, todavia, as exceções contempladas pelo n.º 5 e pelo n.º 13 desse mesmo artigo, respeitantes aos casos em que, respetivamente, existe notificação do familiar ou terceiro para audição prévia ou não existe sequer notificação dos mesmos porquanto as informações bancárias são solicitadas por outro Estado, com carácter de urgência, nos termos dos acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal. Contudo falamos de imperfeição na formulação legislativa essencialmente quanto à remissão efetuada para a exceção prevista no n.º 5, pois, em bom rigor, a única exceção ao dever de notificação da decisão de derrogação nos termos gerais do n.º 4 do artigo 63.º-B está contemplada no n.º 13 quando se refere à possibilidade de dispensa da notificação.

Já no n.º 5 do artigo 63.º-B da LGT não está prevista qualquer exceção à obrigatoriedade de notificação da decisão final de derrogação. Contudo, o legislador, ao

efetuar a ressalva do caso previsto no n.º5 parece intencionar a salvaguarda da necessidade de notificação do projeto de decisão aos familiares ou terceiros para audição prévia, demonstrando, por sua vez, que após emissão do projeto de decisão este vai ainda ser notificado para audição prévia e só num momento posterior haverá lugar à decisão final proferida nos termos do n.º 4 do artigo 63.º-B, da qual o contribuinte poderá recorrer judicialmente.

A par do dever de notificação do próprio contribuinte visado bem como dos familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com aquele existe ainda um dever de notificação das instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades, para efeitos de permitirem o acesso aos elementos cobertos pelo segredo a que estão vinculadas. O n.º 7 do artigo 63.º da LGT prevê que essas notificações devam ser instruídas, nos casos de acesso direto (alínea a)), com a cópia da decisão fundamentada proferida pelo diretor - geral da Autoridade Tributária e Aduaneira, e nos casos de acesso direto com a audição prévia obrigatória¹²⁴ dos familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte, com a cópia da decisão fundamentada proferida pelo diretor-geral da Autoridade Tributária e Aduaneira e cópia da notificação do projeto de decisão destinada a assegurar a audição prévia.

O artigo n.º 8 do artigo 63.º LGT prevê o dever das instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades cumprirem as obrigações relativas ao acesso a elementos cobertos pelo segredo no prazo de dez dias úteis.

De acordo com o n.º 6 do artigo 77.º da LGT a eficácia da decisão depende da notificação, devendo, segundo o n.º 1 do mesmo artigo, essa mesma notificação ser acompanhada da fundamentação do ato. Pelo que, não tendo existido notificação, esta não é oponível ao titular dos elementos protegidos ou à entidade bancária, quando estejam de boa fé¹²⁵.

A notificação deverá ainda referir os meios de defesa à disposição do interessado, designadamente a possibilidade de recorrer judicialmente nos termos do artigo 146.º-B

¹²⁴ O artigo faz ainda, erradamente, menção aos casos de acesso directo com audição prévia obrigatória do sujeito passivo, ignorando o facto da lei, actualmente, apenas prever o exercício do direito de audição prévia pelos familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte.

¹²⁵ Cfr. FERNANDES PIRES, BULCÃO, RAMOS VIDAL, & MENEZES, 2015, “Lei Geral Tributária Comentada e Anotada”, cit. pp. 683.

do CPPT, bem como o respetivo prazo, devendo ainda indicar a entidade decisora. A ser omitido qualquer um destes elementos, apenas existirá uma mera irregularidade da notificação, podendo apenas ser exigida a repetição da notificação com os elementos que tenham sido descorados ou a emissão de certidão que os contenha, tal como resulta da leitura no n.º1 do artigo 37.º do CPPT.

9.2.4 Audição prévia

A Lei Geral Tributária tem vindo a restringir fortemente os casos em que é dada a possibilidade ao visado pelo procedimento de derrogação do segredo bancário de se pronunciar, de forma oral ou escrita, num momento anterior à emissão da decisão final de acesso aos elementos protegidos.

Atualmente, a Lei apenas confere a possibilidade de ser exercido o direito de audição prévia, no âmbito do procedimento de formação da decisão de acesso às informações e documentos bancários, dos familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte, nos termos do n.º 5 do artigo 63.º-B da LGT.

Com efeito, num momento anterior à emissão da decisão final de levantamento do segredo bancário, existe a obrigatoriedade de notificação do projeto de decisão ao familiar ou terceiro, devidamente fundamentado, para efeitos do exercício do direito de audição prévia (artigo 60.º n.º5 da LGT).

O direito de audição prévia poderá ser exercido pela forma oral ou escrita (artigo 45.º n.º 2 e n.º 3 do CPPT), em prazo a fixar pela administração tributária mas nunca inferior a 8 nem superior a 15 dias, tal como previsto no n.º6 do artigo 60.º da LGT.

O direito de audição prévia é uma manifestação dos princípios do contraditório e da participação do contribuinte na formação da decisão, previstos, respetivamente, nos artigos 45.º do CPPT e 60.º da LGT, os quais são uma concretização do princípio constitucional previsto no artigo 267.º n.º 5 da CRP. Por força destes preceitos legais, deve ser assegurado aos interessados o direito de participarem no procedimento tributário tendente à formação de decisões que lhes dizem respeito, salvo nas situações em que é permitida a dispensa de audição (cfr. artigo 60.º, n.º 2 da LGT e artigo 103.º do CPA).

Sucedem porém que esses princípios têm vindo a desvanecer no âmbito do procedimento de derrogação do sigilo bancário, perante a grande necessidade de combate à fraude e evasão fiscais, razão pela qual tem vindo a ser alargado o leque de casos que determinam o acesso direto aos elementos protegidos sem qualquer necessidade de audição do contribuinte.

9.2.5 Dever de fundamentação

A decisão de derrogação do sigilo bancário bem como o projeto de decisão (nos casos em que haja lugar a audição prévia) deverão ser devidamente fundamentadas com menção expressa dos motivos concretos que justificam a necessidade de acesso aos elementos protegidos pelo segredo, isto é, a fundamentação deverá ser feita com referência à situação específica do contribuinte.

Este dever de fundamentação parece-nos mais exigente do que o previsto no n.º 1 do artigo 77.º da LGT, respeitante à generalidade dos atos do procedimento tributário, uma vez que a obrigação de fundamentação é tanto maior e mais densificada quanto maior for a potencialidade de lesão de direitos e interesses dos contribuintes.¹²⁶

A decisão deverá então indicar os motivos concretos que a determinaram bem como especificar a razão da necessidade de acesso à informação bancária, explicitando ainda a razão pela qual esse mecanismo é o meio mais adequado para o apuramento da realidade tributária em questão.

A administração deverá indicar as razões de facto e de direito que determinaram a decisão de derrogação¹²⁷, de modo a exteriorizar o procedimento interno de formação da

¹²⁶ FERNANDES PIRES, BULCÃO, RAMOS VIDAL, & MENEZES, “Lei Geral Tributária Comentada e Anotada”, cit. pp. 683.

¹²⁷ Quanto à fundamentação por remissão, o STA, no seu acórdão de 28.04.2010, decidiu que “*Os actos do Director Geral, de derrogação do sigilo bancário, a que se refere o art. 63 – B, n.º 4 da LGT, devem ser fundamentados com expressa menção dos motivos concretos que os justificam, podendo, todavia, tal fundamentação ser remissiva.*”, referindo ainda que a fundamentação remissiva é mais consentânea com o princípio da praticabilidade. (Ac. STA, proc. n.º 0897/09, Relator Brandão de Pinho). Em sentido contrário, refutando a fundamentação por remissão da decisão de derrogação administrativa do sigilo bancário, o STA considerou no aresto de 21 de Outubro de 2009 (Proc. N.º 879/09) que “As decisões da administração tributária de acesso a informações e documentos bancários de acordo como art.º 63.º-B da LGT devem ser fundamentadas com expressa menção dos motivos concretos que a justificam, não podendo essa fundamentação consistir em mera declaração de concordância com os

vontade decisória e, dessa forma, permitir que esta seja objetivamente apreciada e controlada pelas entidades competentes¹²⁸.

Na fundamentação da decisão deverá ainda ser demonstrado o cumprimento das exigências de proporcionalidade, necessidade e adequação do procedimento de derrogação do sigilo bancário¹²⁹.

Recorda-se que a fundamentação do ato deve acompanhar a notificação do mesmo, pelo que se levanta um problema nesta sede, nomeadamente, o de saber qual a consequência da notificação do ato tributário não ser acompanhada da notificação da sua fundamentação¹³⁰.

Segundo a jurisprudência do STA e alguma doutrina, a falta de notificação da fundamentação não afetaria a legalidade do ato, tendo por consequência a prevista no artigo 37.º do CPPT, nos termos do qual, se a notificação não contiver todos os requisitos previstos na lei, pode o interessado, dentro do prazo de recurso judicial da decisão, requerer a notificação dos requisitos que tenham sido omitidos ou a passagem de certidão que os contenha, contando-se o prazo da reclamação, recurso ou impugnação judicial apenas a partir da notificação dos fundamentos omitidos ou da passagem de certidão¹³¹.

Até à decisão final de derrogação, a administração tributária tem o ónus da prova da existência da situação que justifica a derrogação de sigilo bancário, tal como resulta do artigo 74.º da LGT, razão pela qual, é na fundamentação da decisão que haverá lugar à prova, pela administração tributária, da verificação da situação que constitui o pressuposto de derrogação do sigilo bancário.

fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, incluindo os que integrem o relatório de fiscalização tributária”.

¹²⁸ Neste sentido, NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, cit. pp. 311.

¹²⁹ Ac. do STA, de 3.10.2007, proferido no âmbito do processo n.º 0630/07, pelo relator António Calhau e Ac. do STA de 9.01.2008 proferido no processo n.º 01022/07 pelo relator Miranda de Pacheco.

¹³⁰ CASALTA NABAIS, in “Direito Fiscal”, pp. 327 entende que a fundamentação, por fazer parte do acto, a sua notificação integra a garantia constitucional consagrada no artigo 268.º n.º 3 da CRP.

¹³¹ Cfr. LIMA GUERREIRO, “Lei Geral Tributária Anotada”, cit. anot. 11 ao artigo 77.º., Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000.

Incumbe assim à AT invocar os factos que permitam ilidir a presunção de veracidade de que goza a declaração de rendimentos apresentada, nos termos do disposto no artigo 75.º n.º1 da LGT¹³².

9.3 Garantias processuais

9.3.1 Recurso para o tribunal de 1ª instância

Os titulares dos elementos protegidos pelo segredo bancário poderão sindicar a decisão administrativa de derrogação, mediante interposição de recurso judicial, nos termos do n.º 5 do artigo 63.º-B da LGT, com efeito devolutivo, quando se trate de atos praticados ao abrigo do n.º 1 do artigo 63.º-B da LGT ou suspensivo, quanto se trate de atos praticados ao abrigo do n.º 2 do mesmo artigo. Ou seja, o efeito devolutivo ou suspensivo do recurso dependerá do facto da decisão de derrogação respeitar ao próprio contribuinte ou a familiar ou terceiro que com aquele se encontre numa relação especial.

As decisões da administração tributária nesta matéria são, por essa mesma via, direta e imediatamente impugnáveis por via contenciosa, constituindo atos destacáveis e, com efeito, uma verdadeira exceção ao princípio da impugnação unitária previsto no artigo 54.º do CPPT¹³³.

O recurso está regulado nos artigos 146.º-A e seguintes do CPPT¹³⁴ e deverá ser interposto no tribunal tributário de 1ª instância¹³⁵ da área do domicílio fiscal do

¹³² Prescreve o artigo 75.º n.º 1 da LGT que “*Presumem-se verdadeiras e de boa-fé as declarações dos contribuintes apresentadas nos termos previstos na lei, bem como os dados e apuramentos inscritos na sua contabilidade ou escrita, quando estas estiverem organizadas de acordo com a legislação comercial e fiscal*”.

¹³³ Por terem a natureza de actos destacáveis, as decisões de derrogação do sigilo bancário, não obstante poderem ser proferidas no âmbito de um procedimento tendente à liquidação de um tributo, têm de ser impugnadas autonomamente em relação à decisão final.

¹³⁴ NOEL GOMES, in “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, pp. 316, o processo de derrogação do dever de sigilo bancário previsto no artigos 146.º-A e ss. do CPPT considera pouco feliz a opção do legislador de inserir este meio processual no Capítulo V do Título III do CPPT, o qual tem por epígrafe “dos meios processuais acessórios” uma vez que esse processo é totalmente autónomo e não depende de qualquer outra acção ou meio processual.

¹³⁵ O Ac. STA de 12.07.2007 determinou que a petição de recurso do acto administrativo que determina o acesso directo da Administração às contas bancárias de que é titular o interessado deve ser apresentada no tribunal competente e não nos serviços locais da administração (Ac. STA, processo n.º 525/07)

recorrente no prazo de 10 dias após a notificação da decisão, devendo conter uma justificação sumária das suas razões de discordância, e obedece a tramitação urgente (artigo 146.º-D n.º1 do CPPT).

Com o requerimento de interposição de recurso, o qual não obedece a qualquer formalidade especial¹³⁶, o contribuinte deverá proceder à junção dos elementos de prova que sustentam a sua discordância com a decisão de derrogação, os quais deverão revestir natureza exclusivamente documental.

O autor do ato objeto de recurso, isto é, o diretor-geral da Autoridade Tributária e Aduaneira será notificado nos termos do n.º 4 do artigo 146.º-B do CPPT para, querendo, deduzir oposição no prazo de 10 dias, a qual deverá ser acompanhada dos respetivos elementos de prova.

O carácter de urgência encontra-se ainda evidente no n.º2 do artigo 146.º-D que determina o prazo no qual deverá ser proferida a decisão judicial, nomeadamente no prazo de 90 dias a contar da apresentação do requerimento inicial.

A Lei que aprovou o Orçamento de Estado para 2015 revogou uma outra modalidade de recurso, anteriormente prevista e regulada na alínea b) do n.º 2 do artigo 146.º-A e no artigo 146.º-C do CPPT, que consistia no pedido de autorização da administração tributária respeitante ao acesso a informação e documentação bancária relevante relativa a familiares do contribuinte ou terceiros que com este mantivesse relações especiais¹³⁷.

Tratando-se da impugnação de um ato administrativo em matéria tributária e, portanto de um ato da Administração, deverão aplicar-se subsidiariamente, atenta a

¹³⁶ O requerimento de interposição de recurso não carece sequer de ser subscrito por advogado, podendo ser apresentado e subscrito pelo próprio contribuinte. Segundo NOEL GOMES, esta possibilidade da petição poder ser subscrita pelo contribuinte constitui um claro desvio à regra de constituição de advogado prevista no artigo 6.º do CPPT.

¹³⁷ Esta revogação deu-se em consequência da alteração introduzida pela Lei 94/2009 de 1 de Setembro que alterou o n.º2 do artigo 63.º-B e passou a prever o acesso direto aos documentos e informações bancárias dos familiares ou terceiros nu que se encontrem numa relação especial com o contribuinte, nos casos de recusa ou autorização para a sua consulta.

finalidade do meio processual, as regras do CPTA que regulam as ações administrativas especiais, ao abrigo do artigo 2.º alínea c) do CPPT¹³⁸.

NOEL GOMES considera que o objetivo do recurso não poderá visar outro efeito que não a declaração de invalidade ou inexistência da decisão administrativa¹³⁹.

Da decisão proferida neste recurso da decisão administrativa poderá ainda haver lugar a recurso jurisdicional, sendo a sua apreciação da competência do TCA ou STA¹⁴⁰, ao qual é atribuído, em regra, efeito meramente devolutivo¹⁴¹.

9.3.2 Efeitos do recurso

A sindicância dos atos de derrogação praticados ao abrigo do n.º 1 do artigo 63.º-B é efetuada mediante recurso para o tribunal tributário de 1ª instância, ao qual é atribuído efeito devolutivo, o que faz com que a decisão da administração tributária possa ser imediatamente executada.

O recurso tem efeito meramente devolutivo quando a sua interposição não obsta à execução imediata da decisão administrativa recorrida. Por outro lado, o efeito suspensivo, para além de atribuir ao tribunal para onde se recorre o poder de anular a decisão recorrida, impede ainda que se dê execução imediata à decisão.

Neste sentido, a atribuição de efeito devolutivo ao recurso retira-lhe qualquer eficácia prática, pois, ainda que haja procedência do recurso, é previsível que o acesso aos documentos e informações protegidos pelo sigilo bancário tenha sido entretanto consumado.

¹³⁸ Neste sentido, LOPES DE SOUSA, Jorge, “Código de Procedimento e Processo Tributário” – Vol. II, 6ª ed, Áreas Editora,S.A., Lisboa, 2011, p. 559.

¹³⁹ Cfr. NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, cit. pp. 320. Já JORGE LOPES DE SOUSA, “Código de Procedimento e Processo Tributário”, pronuncia-se no sentido de que o recurso visa anular a decisão da administração tributária de acesso à documentação bancária

¹⁴⁰ A competência do STA verifica-se somente quando se tratar de um caso em que o fundamento do recurso seja exclusivamente matéria de direito (artigo 38 alínea b) e artigo 26.º alínea b), ambos do ETAF).

¹⁴¹ O artigo 286.º do CPPT prevê a regra do efeito meramente devolutivo do recurso, do qual apenas se excepciona o caso em que o efeito devolutivo do recurso possa afectar o seu efeito útil, sendo neste caso necessário que o efeito devolutivo provoque ou possa provocar uma situação irreparável.

Todavia, não obstante o efeito meramente devolutivo do recurso, a lei em nada obsta à possibilidade do contribuinte lançar mão de medidas cautelares de suspensão da eficácia da decisão (artigos 268.º n.º 4 da CRP e 112.º, 120.º e 131.º do CPTA)¹⁴².

LOPES DE SOUSA, defende que “a tutela dos direitos tributários do contribuinte pode ser eficazmente assegurada sem a atribuição de efeito suspensivo ao ato que a decide, pois a ilegalidade da derrogação terá como corolário a nulidade dos atos tributários consequentes, que forem praticados tendo como pressuposto aquela derrogação ilegal (art. 133, n.º2, al. i) do CPA)”. Não obstante este entendimento, o autor refere ainda que “o referido direito à intimidade da vida privada que é normalmente gravemente afetado por tal derrogação, esse é inevitavelmente afetado se for imediatamente executada a decisão”¹⁴³.

Por outro lado, no que se refere às situações contempladas para o acesso a documentos ou informações bancárias dos familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte, o recurso da decisão da administração tributária tem efeito suspensivo, ficando a execução da decisão da AT suspensa até à decisão do recurso que vier a ser interposto.

Cumpram ainda mencionar que alínea a) do n.º 5 do artigo 36.º do RCPIT confere a possibilidade de suspensão do prazo para conclusão do procedimento inspetivo quando, em processo especial de derrogação do sigilo bancário, o contribuinte interponha recurso com efeito suspensivo da decisão da administração tributária de acesso à informação bancária, mantendo-se a suspensão até ao trânsito em julgado da decisão final.

¹⁴² Neste sentido, veja-se LEITE DE CAMPOS, SILVA RODRIGUES, & LOPES DE SOUSA, “Lei Geral Tributária – anotada e Comentada”, 4ª Edição, Encontro da Escrita, Lisboa, 2012, p. 579 a 581. LOPES DE SOUSA, Jorge, entende que “o facto de se tratar de um processo de natureza urgente, não obsta a que se possa fazer sentir a necessidade de decisões cautelares, designadamente destinadas a obstar à execução imediata do acto”, in “Código de Procedimento de Processo Tributário, Áreas Editora, Lisboa, 2011, p. 569.

¹⁴³ Cf. LOPES DE SOUSA, Jorge, “Código de Procedimento e Processo Tributário” – Vol. II, 6ª ed, Áreas Editora, S.A., Lisboa, 2011, p. 569.

9.3.3 A Prova

A petição de recurso da decisão de derrogação do segredo bancário deve ser acompanhada dos elementos probatórios, os quais, nos termos do n.º 3 do artigo 146.º-B do CPPT devem revestir carácter exclusivamente documental.

Segundo NOEL GOMES, esta limitação dos meios de prova é típica dos meios processuais acessórios e importada do sistema de justiça administrativa vigente à data da elaboração da Lei n.º 30-G/2000 e da sua entrada em vigor, mas que, do ponto de vista constitucional, suscita algumas reservas quanto à sua compatibilização com o princípio da igualdade e com o direito de acesso à justiça, respetivamente consagrados nos artigos 13.º e 20.º da CRP¹⁴⁴.

O TC julgou inconstitucional o artigo 146.º-B, n.º 3, do CPPT, por violação do direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º, n.º 1 da Constituição, em conjugação com o princípio da proporcionalidade, na parte em que veda em qualquer caso a possibilidade de o contribuinte produzir prova testemunhal no recurso da decisão da administração tributária que determina o acesso à informação bancária que lhe diz respeito¹⁴⁵. De acordo com a orientação do TC aquela norma veda, “em abstrato um meio de prova que, em concreto, se pode revelar adequado à aclaração dos factos que fazem parte do objeto do processo especial de derrogação do dever de sigilo bancário”.

Partilhamos da opinião daquele Tribunal no que diz respeito ao entendimento de que a limitação dos meios de prova à prova documental apenas poderá reconduzir-se a uma intenção legislativa de eleição de um meio de prova mais exigente e, tendencialmente, mais seguro e jamais a uma exigência de celeridade do processo, porquanto existem muitos outros processos tributários urgentes que comportam prova testemunhal.

Importa ainda saber, relativamente à prova recolhida que, em caso de deferimento do recurso judicial, o n.º 6 do artigo 63.º -B da LGT prevê a proibição de utilização, para qualquer efeito em desfavor do contribuinte, dos elementos de prova obtidos pela administração tributária no âmbito do procedimento de derrogação do sigilo.

¹⁴⁴ Cf. NOEL GOMES, ob. cit., p. 319.

¹⁴⁵ Acórdão do TC n.º 681/2006, de 12 de Dezembro de 2006, proferido no âmbito do processo n.º 372/06, tendo como relator, Conselheiro Paulo Mota Pinto.

A proibição contida no n.º 6 do artigo 63.º-B LGT visa impedir que a administração tributária possa retirar proveito de um ato ilegal e abarca todos os elementos de prova que se mostrem ilegitimamente adquiridos, direta ou indiretamente, por causa e através do ato ilegal¹⁴⁶.

Esta proibição de utilização dos elementos de prova obtidos em virtude da prática de ato ilegal está pensada para o caso em que o recurso tem efeito meramente devolutivo, isto é, no caso de acesso a elementos bancários dos próprios contribuintes nos casos contemplados no n.º 1 do artigo 63.º-B LGT, não tendo estes lançado mão de qualquer providência cautelar (ou a mesma tenha sido indeferida).

Por conseguinte, a AT não poderá utilizar em desfavor do contribuinte os elementos de prova obtidos durante o período de execução da decisão de levantamento do segredo, enquanto não tenha transitado em julgado a decisão de recurso favorável ao contribuinte, porquanto, a poder fazê-lo estaria a retirar vantagem de um ato ilegal.

O preceituado n.º 6 do artigo 63.º-B da LGT aplica-se ainda aos recursos jurisdicionais para o TCA ou para o STA.

9.4 Incumprimento da decisão de levantamento de segredo pelas entidades bancárias

O n.º 8 do artigo 63.º da LGT determina que as instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades devem cumprir as obrigações relativas ao acesso a elementos cobertos pelo sigilo a que estejam vinculadas no prazo de dez dias úteis.

O não cumprimento por parte das entidades bancárias e financeiras da decisão de levantamento do sigilo bancário consubstancia a prática do crime de desobediência qualificada, previsto e punido pelo artigo 90.º do RGIT. Esse mesmo preceito determina que “*a não obediência devida a ordem ou mandado legítimo regularmente comunicado e emanado do diretor-geral dos impostos ou do diretor-geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o consumo ou seus substitutos legais ou de autoridade judicial competente em matéria de derrogação do sigilo bancário é punida como desobediência qualificada com pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias.*”

¹⁴⁶ Neste sentido NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal”, cit. pp. 321.

Esta disposição engloba a desobediência não só à decisão administrativa de derrogação do sigilo, mas também a decisão judicial do recurso interposto pelo contribuinte.

9.5 O segredo fiscal

Concretizado o acesso pela administração Tributária aos elementos e informações protegidos pelo segredo bancário, surge um outro dever de segredo relacionado com esses elementos obtidos, designadamente, o segredo fiscal.

O segredo fiscal, previsto e regulado pelo artigo 64.º da LGT assegura aos contribuintes uma garantia de confidencialidade, que se concretiza na obrigação dos dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária e aduaneira a guardar sigilo sobre os dados recolhidos que respeitem à situação tributária do contribuinte e os elementos de natureza pessoal que obtenham no procedimento.

O STA considerou que “a consagração da regra do sigilo fiscal, constante do artigo 64.º da Lei Geral Tributária, corresponde, precisamente, à extensão e reconhecimento do direito à privacidade no âmbito da atividade tributária, estando por ele abrangidos os dados de natureza pessoal dos contribuintes (pessoa singular ou coletiva) e os dados expressivos da sua situação tributária, os quais só podem ser revelados a terceiros - outros sectores da Administração ou particulares - nos casos expressamente previstos na lei, para responder a um motivo social imperioso, e só na medida estritamente necessária para satisfazer o equilíbrio entre os interesses em jogo.”¹⁴⁷.

Nas palavras de LIMA GUERREIRO “O segredo fiscal, na medida em que proíbe a utilização pela administração tributária dos elementos revelados pelo contribuinte para outros efeitos que não a liquidação e cobrança das contribuições e impostos seus ou de terceiros, garante igualmente a confiança entre este e a administração tributária e viabiliza uma maior eficácia da atividade tributária. Ou seja, a função não é puramente

¹⁴⁷ Vide Ac. STA de 16-11-2011, proferido no âmbito do processo n.º 0838/11, da Relatora Dulce Neto.

garantística dos particulares, mas uma condição do próprio sucesso da atividade da administração fiscal”.¹⁴⁸

A violação do dever de segredo fiscal é sancionada com responsabilidade civil, disciplinar, contraordenacional e até mesmo criminal.

A violação dolosa do segredo fiscal é prevista e punida enquanto crime tributário comum pelo artigo 91.º do RGIT. Segundo este preceito quem, “dolosamente revelar ou se aproveitar do conhecimento do segredo fiscal ou da situação contributiva perante a segurança social de que tenha conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas é punido com prisão até um ano ou multa até 240 dias”. Esta sanção será agravada no caso do infrator revelar a informação protegida pelo segredo com o intuito de obter para si ou para outrem um benefício ilegítimo ou de causar prejuízo ao interesse público, ao sistema de segurança social ou a terceiros, conduta que culmina na aplicação de uma pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias¹⁴⁹.

Por sua vez, a violação, a título de negligência, do segredo fiscal está prevista no artigo 115.º do RGIT, que culmina na aplicação ao infrator de uma coima entre 75 a 1500 euros.

Este dever de segredo fiscal abrange também as informações protegidas pelo segredo bancário que a que a administração tributária tenha tido acesso seja por via da derrogação administrativa ou através de autorização judicial.

Partilhando a visão de NOEL GOMES¹⁵⁰, podemos dizer que enquanto que o segredo bancário funciona como uma espécie de armadura de proteção do acervo de informações do contribuinte, ou seja, uma primeira guarda avançada de defesa, já o sigilo fiscal apenas pode funcionar como uma garantia posterior, isto é sobre a utilização da informação previamente adquirida.

¹⁴⁸ LIMA GUERREIRO, António, “Lei Geral Tributária Anotada”, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000, p. 300.

¹⁴⁹ Esta conduta, em que o agente (funcionário da administração tributária) tem o intuito de obter para si ou para outrem um benefício ilegítimo ou de causar prejuízo ao interesse público, ao sistema de segurança social ou a terceiros aplica-se assim à informação obtida no âmbito do procedimento de derrogação do sigilo bancário por força do n.º 3 do artigo 91.º.

¹⁵⁰ NOEL GOMES, “Segredo Bancário e Direito Fiscal” pp. 328.

Numa relação com a derrogação do segredo bancário o sigilo fiscal não pode ser concebido como um instrumento de prevenção de uma violação da esfera de privacidade do contribuinte mas somente um meio que impede que sejam utilizadas ou reveladas a terceiros as informações obtidas através dessa invasão da esfera de privacidade mediante o levantamento do segredo bancário.

De qualquer forma, em geral, também o sigilo fiscal, enquanto garantia de confidencialidade, visa assegurar o direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado no artigo 26.º da CRP.

CONCLUSÃO

O segredo bancário constitui uma dimensão do direito fundamental à reserva da vida privada, o qual engloba não só a esfera pessoal do indivíduo, mas também a esfera económica e, com efeito, os aspetos da vida patrimonial.

O segredo bancário, plasmado e disciplinado no RGICSF, apresenta-se não como um direito absoluto, mas sim como um direito relativo que, como tal, comporta exceções, através das quais se permite a revelação a terceiros dos elementos protegidos.

Atualmente, caminha-se, claramente do sentido da flexibilização das circunstâncias em que o segredo bancário pode ser afastado pela administração fiscal por meios administrativos, sempre que estejam em causa situações de suspeita de fraude ou evasão fiscal, lesivas do interesse público na justa e atempada arrecadação de receitas, necessária à satisfação das necessidades coletivas do Estado, assim como do princípio da igualdade fiscal e do dever fundamental de pagar impostos.

O RGICSF passou a prever expressamente, na alínea e) do n.º 2 do artigo 79.º, a revelação dos dados e informações protegidos pelo dever de segredo à Administração Tributária, no âmbito das suas atribuições. É certo que, perante as grandes alterações empreendidas na LGT e demais legislação tributária no que toca ao levantamento do segredo bancário, passou a fazer sentido uma previsão expressa e individualizada desta exceção no RGICSF, o que veio a acontecer com a redação introduzida pela Lei n.º 94/2009 de 1 de Setembro.

O acesso às informações bancárias no âmbito do direito tributário surge de uma necessidade da administração fiscal controlar e fiscalizar a veracidade das declarações do contribuinte, em face do atual paradigma de “privatização” da gestão dos impostos.

Com efeito, a derrogação do segredo bancário não se limita apenas, nos dias de hoje, à perseguição e punição dos crimes tributários, mas servirá também a fins administrativos de verificação da situação fiscal do contribuinte e de fixação da matéria coletável.

No âmbito da derrogação do segredo para fins administrativos têm existido profundas alterações no que respeita à forma de acesso a esses dados bancários. Falamos, desde logo, da eliminação da necessidade de intervenção judicial prévia no acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário e ainda do alargamento do leque de casos em que a administração tributária pode aceder diretamente, sem qualquer necessidade de audição do contribuinte, à sua informação bancária.

O acesso administrativo direto aos elementos bancários dos cidadãos, sem necessidade de intervenção judicial, passou a traduzir a regra e não mais a exceção. No entanto, nos casos de acesso às informações bancárias de familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte está prevista a necessidade de audição prévia.

Desde as alterações introduzidas pela Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro o instituto da derrogação do segredo bancário previsto na LGT tem sido sucessivamente alterado, e sempre no sentido de permitir, cada vez mais, um acesso direto pela administração tributária, deparando-se o contribuinte, a certa altura, com uma “decisão surpresa” de acesso aos seus elementos bancários.

Decisão essa que, por sua vez, será imediatamente executada, ainda que o contribuinte interponha recurso para o tribunal de primeira instância, pois, excetuados os casos em que estamos perante um acesso a elementos bancários de familiares ou terceiros que se encontram numa relação especial com o contribuinte, o recurso tem efeito meramente devolutivo, pelo que, ainda que o contribuinte consiga fazer valer os seus direitos, através da intervenção de um tribunal o acesso às informações bancárias já se concretizou entretanto.

Note-se que todos estes progressos da legislação tributária no sentido de fragilizar o segredo bancário não foram acompanhados de qualquer reforço das garantias dos contribuintes, no sentido de permitir uma reação mais eficaz à decisão administrativa de derrogação.

Precisamente pelo contrário, existiu ainda uma tentativa de alargar os tipos de procedimento tributário no âmbito dos quais seria permitido à administração fiscal derrogar o segredo bancário. Referimo-nos ao diploma de 2007, o qual foi submetido à fiscalização preventiva do Tribunal Constitucional e previa a derrogação direta e

automática do segredo bancário aquando da apreciação de reclamações graciosas e de impugnações de atos tributários.

Este passo na evolução do instituto da derrogação do segredo bancário teria sido manifestamente inconstitucional e ofensivo das garantias de defesa dos contribuintes em face dos atos da administração tributária, uma vez que aqueles assistiriam à devassa das suas contas bancárias mediante a utilização de qualquer forma de sindicância das decisões tributárias.

A respeito do procedimento no âmbito do qual ocorrerá a derrogação do segredo bancário, explicámos, ao longo da dissertação, o nosso entendimento segundo o qual o mecanismo de derrogação, tal como previsto na LGT, e atenta a suscetibilidade de colisão com outros direitos, deveres e valores fundamentais, apenas poderá ocorrer no âmbito de uma inspeção tributária e segundo os princípios que aquela deve observar.

A própria LGT, ao regular o regime de acesso a informações e documentos bancários, embora faça menção à necessidade de fundamentação do ato administrativo que determina o acesso a esses elementos, não menciona, em lado algum, os princípios de que deve erigir essa mesma decisão, designadamente os princípios de proporcionalidade, adequação e necessidade, os quais consideramos que devem, em qualquer caso, pautar a actuação da administração no acesso aos dados bancários.

Embora estejam previstas na lei garantias procedimentais e contenciosas, ao dispor do contribuinte, no que respeita à decisão de derrogação do segredo bancário, o próprio regime legal no qual se contemplam as circunstâncias em que haverá lugar ao levantamento desse segredo, deverá prever um regime taxativo das situações em que é possível aceder aos dados bancários, bem como ter uma redação tão clara quanto possível por forma a não facultar margem para interpretações discricionárias da autoridade tributária e aduaneira.

A derrogação do segredo bancário não poderá ser levada a um nível em que apenas tenha o intuito de aferir, em geral e abstrato, da situação económico-financeira do contribuinte para, num momento posterior, verificar a correspondência entre as suas operações bancárias com aquilo que por ele vem a ser declarado como fiscalmente relevante.

Contudo, parece ser esse o objetivo do legislador fiscal, desde logo visível nas alterações que têm sido implementadas no âmbito dos mecanismos de informação automática previstos no artigo 63.º-A da LGT, segundo os quais as instituições de crédito e sociedades financeiras devem fornecer, de forma regular, à administração tributária, o valor dos fluxos de pagamento com cartões de crédito e débito efetuados por seu intermédio, a sujeitos passivos que auferam rendimentos da categoria B de IRS e de IRC. Esta obrigação a que estão sujeitas as instituições bancárias e financeiras é, nada mais nada menos que um meio para facultar à administração tributária uma lista de contribuintes a investigar.

A intenção de aferir, de forma abstrata, da situação económica e financeira do contribuinte será mais grave ainda se estivermos perante qualquer dos casos previstos para o acesso direto à informação bancária, isto é, sem necessidade de consentimento do contribuinte, tal como previstos no n.º 1 do artigo 63.º-B da LGT. Nestas circunstâncias assume particular relevo a necessidade de clareza, não só da letra da lei, ao prever sem margem para dúvidas os casos em que poderá haver acesso direto aos elementos protegidos pelo segredo, mas também da própria fundamentação da decisão da administração tributária, devendo a mesma refletir as razões concretas da necessidade da derrogação bem como do preenchimento de uma das situações previstas no n.º 1 do artigo 63.º-B da LGT.

O acesso aos elementos bancários deverá ainda ser limitado ao estritamente necessário, devendo a decisão de derrogação fazer expressa menção ao período de tributação objeto da investigação e inspeção em curso.

Admitimos, claramente, a possibilidade do acesso direto pela administração tributária a elementos protegidos pelo segredo bancário, contudo deverá visar-se a adoção de uma solução que, à luz de critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, não conduza ao sacrifício unilateral de um direito, valor ou princípio em face do outro.

O segredo bancário não poderá ser utilizado, a todo o custo, como se se tratasse de um “instrumento policial” ao dispor da Autoridade Tributária e Aduaneira, na tarefa que lhe incumbe de combate à fraude e evasão fiscais, devendo ser se não reforçadas pelo

menos preservadas as garantias procedimentais e contenciosas ao dispor do contribuinte.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTO LUÍS., "O segredo bancário em Portugal". *Revista da Ordem dos Advogados, Ano 41*, Janeiro a Abril de 1981.

ALVES, T. J., " O sigilo bancário- uma perspectiva constitucional em matéria tributária". In *ARS Iudicandi : estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves* (Vol. 3, pp. 11-82). Coimbra, 2003.

AZEVEDO, M. , "O segredo bancario". *Cadernos de Ciencia e tecnica fiscal*, n.º 346-348, pp. 73-124, 1987.

AZEVEDO, M. E., "O segredo bancário e a fiscalidade : a perspectiva portuguesa". *Ciência e técnica fiscal*, n.º 428, pp. 7-39, Jan-Jun de 2012.

BENJAMIM RODRIGUES., "O sigilo bancário e o sigilo fiscal - Segredo Bancário". Lisboa: Edições Cosmos, 1997.

CAPELO DE SOUSA, R., "O segredo bancário - em especial, face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro". In *Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Teles* (Vol. Volume II, pp. 45-110). Coimbra, 2002.

CASALTA NABAIS, J., "Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal". Coimbra: Almedina, 2005.

CASALTA NABAIS, J., "Direito Fiscal" (6ª edição ed.). Coimbra: Almedina, 2010.

CASALTA NABAIS, J., "O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo". Coimbra: Almedina, 2015.

CELORICO PALMA, C., " A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais" . In *Coletânea de estudos de contabilidade e fiscalidade: 10 anos de GEOTOC: 10 anos em memória do Prof. Sousa Franco* (pp. 173-185). Lisboa, 2014.

FERNANDES PIRES, J., BULCÃO, G., RAMOS VIDAL, J., & MENEZES, M. J., "Lei Geral Tributária Comentada e Anotada". Almedina, 2015.

FREITAS DA ROCHA, J., "Lições de Procedimento e Processo Tributário" (4ª edição ed.). Coimbra: Coimbra editora, 2011.

GERMANO MARQUES DA SILVA., "Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores conexas com o crime tributário." Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

GOMES CANOTILHO, J., & VITAL MOREIRA., "*Constituição da República Portuguesa Anotada*" (4ª edição revista ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra editora, 2007.

LEITE DE CAMPOS, D., "Direito Tributário", Almedina, 2003.

LEITE DE CAMPOS, D., SILVA RODRIGUES, B., & LOPES DE SOUSA, J., "Lei Geral Tributária - Comentada e Anotada" (4ª edição ed.). Lisboa: Encontro da Escrita, 2012.

LIMA GUERREIRO, A., "Lei Geral Tributária Anotada." Lisboa: Rei dos Livros, 2000.

LOPES DE SOUSA, J., "Código de Procedimento e de Processo Tributário" (6ª edição ed., Vol. II). Áreas Editora, 2011.

MARQUES, P., "O procedimento de inspecção tributária" (1ª edição ed.). Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MENEZES CORDEIRO, A., "Direito Bancário" (5ª ed.). Coimbra: Almedina, 2015.

NOEL GOMES., "Segredo bancário e direito fiscal". Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, F., "Os deveres de segredo profissional no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras". *Revista da Banca* n.º 29, pp. 39-63 (Janeiro a Março de 1994).

PAÚL, J., "O sigilo bancário - sua extensão e limites no Direito Português". *Revista da Banca* n.º 12, (Outubro a Dezembro de 1989).

PAÚL, J. P., "O Sigilo Bancário e a sua relevância Fiscal". *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, 2002.

PAÚL, J. P., "O regime de acesso da administração fiscal às informações e documentos bancários. In *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco* (Vol. 2, pp. 477-492). Lisboa: Coimbra Editora, 2006.

PIRES, J., "As operações bancárias". In *Direito bancário* (Vol. II). Lisboa: Rei dos Livros, 1995

PIRES, J., "O dever de segredo na actividade bancária". In *Temas de Direito Bancário*. Lisboa: Rei dos Livros, 1998.

RAMOS, M., "O sigilo bancário em Portugal - Origens, Evolução e Fundamentos". In A. A. VV., *Sigilo Bancário, Instituto de Direito Bancário* (pp. 115-137). Edições Cosmos, 1997.

SALDANHA SANCHES, J. L., "Segredo bancário e tributação do lucro real". In *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 377 (pp. 23-44). Coimbra Editora, 1995.

SALDANHA SANCHES, J. L., "A Situação Actual do Sigilo Bancário: A Singularidade do Regime Português". In *Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal* (pp. 85-100). Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SALDANHA SANCHES, J. L., "Manual de Direito Fiscal "(3ª edição ed.). Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SIMAS SANTOS, & LEAL- HENRIQUES, M., "Código de Processo Penal - Anotado" (3ª edição ed., Vol. I Volume). Lisboa: Rei dos Livros, 2008.

SOUSA MENDES, P., "A derrogação do segredo bancário no processo penal." *Revista de Concorrência e Regulação*, pp. 375-399, (Julho a Dezembro de 2012).

TEIXEIRA RIBEIRO, J., "Lições de Finanças Públicas". Coimbra: Coimbra Editora, 1995.